بحوث وتعليقات على الأحكام
فى المسئولية المدنية
وغيرها من موضوعات القانون المدنى

تأليف

الدكتور سليمان مرقس

أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى
بكلية الحقوق جامعة القاهرة سابقا
ورئيس قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية
بمعهد البحوث والدراسات العربية
والمحامى لدى محكمة النقض

جمع وتنسيق

هدى النمير

المحامية ودبلوم الدراسة العليا فى القانون الخاص وفى القانون الجنائى



١٩٨٧

بحوث وتعليقات على الأحكام

فى المسئولية المدنية

وغيرها من موضوعات القانون المدنى

تأليف

الدكتور سليمان مرقس

أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى
بكلية الحقوق جامعة القاهرة سابقا
ورئيس قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية
بمعهد البحوث والدراسات العربية
والمحامى لدى محكمة النقض

جمع وتنسيق



المحا دبلوم الدراسة العليا فى القانون الخاص وفى القانون الجنائى

١٩٨٧

تقـــــديم

كان السبب فى اختيارى نظرية دفع المسئولية المدنية موضوعا لرسالة الدكتوراه منـــذ نيف وخمسين عاما مـــا لمسته قبل ذلك بست سنوات من خـــلاف ظاهر بين أحكام محكمة النقض الفرنسية حينذك فى شأن اعتبار فعل الغير فى ذاته سببا أجنبيا تدفع به مسئولية المدعى عليه أو عدم اعتباره كذلك الا اذا توافرت فيه شروط القوة القـــاهرة والحادث الفجائى وهى كون الفعل غير متوقع ولا ممكن توقعه أو تفاديه أو درء نتائجه •

وقد أغرانى هذا الخلاف بين أحكام المحكمة العليـــا الفرنسية على أن أعكف على تجميع تلك الأحكام المتعارضة وتحليلها والتغلغل فى ثنـــايا أسبابها ووقائعها ، وتمكنت بذلك من كشف مكنونها ، وتوصلت الى العامل المشترك بين أحكام كل فريق من الفريقين المتعارضين ، واستطعت ردها جميعا الى أصل عام هو الذى يشكل نظرية السبب الأجنبى الذى تدفع به المسئولية المدنية ، بما فيها تعريف السبب الأجنبى وما يشترك فيه وما يشمله ، أعنى القوة القاهرة والحادث الفجائى وخطأ المصاب أو فعله غير الخطأ وخطأ الغير أو فعله غير الخطأ •

وكانت نتيجة هـــذه التجربة مشجعة لى على متابعة أحكام محاكمنا المصرية بالبحث والتحليل ، والوقوف عندما يبدو منها متعارضا ، لاستكناه أسباب الاختلاف بينهـــا ، ومحاولة جلائها فى ضوء الأصول القانونية العامة ، سواء للتوفيق بينها بعـــد الكشف عن خصوصيات الوقائع التى اقتضت هذا التباين الظـــاهر فى الأحكام ، أو لبيان وجه الصواب فى شأنها •

ومنذ ذلك الحين دأبت على العنـــاية بمطالعة أحكام المحاكم ، وبخاصة الصادرة منها فى شأن المسئولية المدنية . وامعان النظر فى وقائع كل منهـــا لأستبين ما أثر منهـــا فى توجيهه الوجهة التى انتهى اليها ، سواء أفصح الحكم ذاته عن ذلك أو لم يفصح ،ودونت الكثـــير من ملاحظـــاتى فى تعليقات على الأحكام نشر بعضها فى أواخر الثلاثينيات وأكثرها فى الأربعينيات فى مجلة القـــانون والاقتصـــاد ، والبعض الآخر فى الخمسينيات فى مجلة التشريع والقضاء التى كانت تصدرها دار النشر للجامعات المصرية.

وقد عنيت فى هذه التعليقات ببعض نقاط الخلاف أو القصور التى بدت فى أحكام المحاكم ، وبخاصة تلك التى اختلف فى شأنها الشراح ، سواء فى فرنسا أو فى مصر . أذكر منها على سبيل المثال لا الحصر مسألة جواز الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية أو عدم جوازها ، وطبيعة مسئولية ناقل الركاب وهل تعتبر عقدية أم تقصيرية ،ومدى صحة القول بالتزام هذا النـــاقل بموجب عقد النقل ذاته بضمان سلامة الراكب ، ومسألة وحدة الخطأ المدنى والخطأ الجنائى أو ازدواجهما ، ومسألة تكييف الفعل الضار وتعيين السبب فى دعوى المسئولية المدنية وسلطة المحكمة فى ذلك ، وضبط معيـــار الخطأ ونقـــد التعويل فيه على التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية والاستعاضة عنها بالتفرقة بين الظروف الظـــاهرة التى توحى الى الغير أن الفاعل سيسلك مسلكا معينـــا والظروف غير الظاهرة التى لا يمكن أن توحى بشىء من ذلك ، وتكييف ضرر الموت بأنه ضرر مادى ينشأ الحق فى تعويضه فى ذمة المجنى عليه من وقت اصابته المفضية الى الموت وينتقل منه الى ورثته دون قيد أو شرط ، أو بأنه ضرر أدبى لا ينتقل الحق فى تعويضه الى الورثة مادام المجنى عليـــه لم يطالب به قبل وفاته ،

ومدى مسئولية السيد أو المتبوع عن فعل خادمه أو تابعه . وهل تقتصر على ما يقع من الخادم أو التابع فى أداء وظيفته بالذات . أم تشمل ما ارتكبه منه حتى فى مجاوزة أعمال وظيفته ، ولو كان ارتكابه اياه لباعث شخصى محض كدافع الانتقام من عدو له .

وفى غير المسئولية المدنية استلفت نظرى ما جرت عليه أحكام المحاكم عندنا وأغلبية الشراح من اعتبار الوارث ــ الذى يطعن فى تصرفات مورثه المدونة فى محررات عرفية بأنها صدرت منه فى مرض الموت ــ أنه من الغير بالنسبة الى ثبوت تاريخ هذه المحررات ، فعلقت تعليقا مطولا على هذا الرأى مبينا مخالفته للأصول القانونية ، فضلا عن مساوىء نتائجه العملية . وكذلك هالنى الخلاف بين الشراح ، سواء فى فرنسا أو فى مصر ، بشأن تبعة هلاك محل العقد ، وتعدد الآراء فى هذا الشأن بقدر عدد الشراح ، خصوصا فى ظل التقنين المدنى المختلط والتقنين المدنى الأهلى الملغيين حيث أجمع الشراح على تعارض نصوصهما وتناقضها ، فتناولت هذه المسألة فى دراسة مستفيضة مقارنة خلصت منها ــ بالاستعانة بأحكام الشريعة الإسلامية ــ الى رأى يوفق بين جميع النصوص التى رميت بالتعارض والتناقض ، ويتسق مع الأصول القانونية المسلمة .

وقد أثمرت بعض هذه البحوث والتعليقات نتائج طيبة ظهرت أحيانا فى تحول الشراح نحو الوجهة الصحيحة التى أشرت اليها (كما فى موضوع اعتبار الوارث الذى يطعن فى المحررات الصادرة من مورثه بأنها صادرة منه فى مرض الموت ليس غيرا بالنسبة الى ثبوت تاريخ هذه المحررات أى باعتبار تاريخها العرفى حجة عليه

الى أن يثبت هو عـدم صحته) وأحيـانا فى أخذ قضائنا العالى بماأشرت به (كما يبين فى حكم لمحكمتنا الادارية العليا أخذ بالتفرقة بين الظروف الظاهرة والظروف غير الظاهرة التى قلت باستبدالها بالتفـرقة بين الظـروف الخـارجية والظروف الداخلية ، كذلك فى أحكام محـكمة النقض التى أخذت باعتبار أن تكييف الفعل الضار ووصف المسئولية بأنها عقدية أو تقصيرية مسألة قانونية تقضى فيها المحكمة وفقا للقانون وبصرف النظر عن التكييف أو الوصف الذى يسبغه عليها المدعى وما يترتب على ذلك من سلطة المحكمة فى تغيير وصف دعوى المسئولية من تلقاء نفسها ومن اجازة هذا التغيير للمدعى لأول مرة فى الاستئناف) .

ومازال يحدونى الأمل بأن ما لم يثمر منها حتى الآن سوف يثمر اذا أتيحت له فرصة انتشاله من النسيان باعادة نشره فى مجموعة واحدة ميسرة وتسليط الأضواء عليه . اذ أن هذه البحوث والتعليقات قـد نشرت منـذ عشرات السنين موزعة بين مجلات عديدة مختلفة يصدر بعضها فى مصر والبعض الآخر فى بلاد عربية أخرى كثيرة وبعضها باللغة الفرنسية دون العربية ، مما جعل الوصول اليهـا والاطلاع عليها عسيرا . لذلك رأيت أن أجمعها فى مجـلد واحد بعد التنسيق بينها بحيث تجىء التعليقات المتصلة بكل موضوع على حدة جنبا الى جنب حتى يبين ما بينهـا من ارتباط وتكامل ، ولو ظهر فيهـا بسبب هـذا التقريب بعض التكرار أحيانا ، وهو تكرار لم يظهر فيها عند نشرها متفرقة ، وانما جاء نتيجة لجمعها فى مجموعة واحدةوتقريب نقاط الموضوع الواحد بعضها من بعض مع المحافظة على الأصل السابق نشره دون مساس به أو تعديل فيه ، ذلك أنى أردت الاحتفاظ لكل من هـذه البحوث والتعليقـات باستقلاله واعادة نشره بالصورة التى نشر بهـا أصلا فى

اطار الزمن الذى كتب فيــه وفى ظل النصوص التى كانت سارية حينئــذ وفى ضوء الوقائع التى فصل فيهــا الحكم والتى كان عليه أن يحقق العدالة فى شأنها ، بحيث يتاح للقارىء أن يتمثل مسرح الحوادث كاملا ، تمكينا له من الاحاطة بكل ما دار فى ذهن المحكمة وقتذاك ، مما وجهها الى القضاء الذى انتهت اليه •

والى جانب هذه البحوث والتعليقات ، كانت لى خبرة طويلة فى تنقيح القانون المدنى ، حيث اشتركت فى جميع أعمال هذا التنقيح برئاسة أستاذى الدكتور عبد الرزاق أحمــد السنهورى وأسهمت فى جمع نصوص التشريعات المقارنة ، وفى صياغة بعض نصوص المشروع التمهيــدى وفى مناقشة المشروع كله أكثر من مرة وفى ترجمة المشروع النهــائى من الفرنسية الى العربيــة وفى تتبعه فى جميع المراحل التشريعية التى مر بها فى مجلسى النواب والشيوخ ثم فى ترجمته الى الفرنسية بعد اصداره ، وأخيرا فى جمع أعماله التحضيرية فى سبعة مجلدات نشرتها وزارة العدل ، فكتبت ــ بالاشــتراك مع الأستاذ الدكتور وديع فرج ــ تقريرا عنه وعن مصادره وميــزاته ووظيفته فى توحيــد قوانين بلاد الشرق الأدنى قــدم فى ندوة دوليــة للعلوم الاجتماعية عقدت فى أثينــا سنة ١٩٥٢ ونشر فى مجــلة القانون والاقتصاد •

وكنت من قبل قد قارنت بين بعض نظم الشريعــة الاسلامية وما يقابلها فى الشرائع الغربية وأبرزت فضــل الأولى على الثانية ، ونشرت بحثا فى ذلك باللغة الفرنسية فى مجلة مصر القضائية سنة ١٩٣٧ ، ثم بمناسبة الوحدة مع سوريا والشروع فى توحيــد التقنينين المــدنيين المصرى والسورى أبديت بعض ملاحظــات على هذين التقنينين وبعض الاقتراحات بتعديلهما نشرت هى أيضــا فى مجلة

القانون والاقتصاد ، كما كتبت بتكليف من مجلس جامعة الدول العربية تقريرا تضمن تصورى لكيفية وضع مشروع قانون مدنى موحد للدول أعضاء الجامعة ، ضمنته خلاصة أفكارى وخبرتى السابقة فى هذا المجال • وقد نشر هذا التقرير فى مجلة القضاء والتشريع (بتونس) وأعيد نشره فى مجلة القضاء (ببغداد) •

وكثيرا ما طلبت منى نسخ من هذه البحوث والتقارير والتعليقات فكان يسرنى أن ألبى طلبها حتى نفد ما كان عندى منها ، فصرت مضطرا للاعتذار مع الأسف الشديد •

وكان اشتغالى بالانتاج الجديد لا يدع لى وقتا لجمع شتات القديم المبعثر فى بطون العديد من المجلات العلمية التى صدرت سواء فى مصر أو غيرها من البلاد الشقيقة خلال نصف قرن كامل •

وأخيرا عقدت العزم على جمع الأهم من هذه البحوث والتقارير والتعليقات فى هذه المجموعة التى يسرنى أن أقدمها اليوم مزودة باشارات الى ما جد فى موضوعاتها بعد تواريخ نشرها الأول •

وقد عاوننى فى جمع القديم منها الأستاذ فؤاد أمين المحامى ، كما عاونتنى الأستاذة هدى النمير المحامية فى تجميع باقى البحوث والتعليقات وفى تنسيقها وترتيبها بحيث يستطيع القارىء أن يتتبع فى يسر نقاط الموضوع الواحد التى نشرت فى الأصل على فترات متباعدة وفى مراجع متفرقة ، فاليهما أتقدم بموفور الشكر على اسهامهما الذى كان لى خير عون فى هذه المهمة وأدعو لهما بالتوفيق فى سائر أعمالهما •

وأختم هذا التقديم باهداء هذه المجموعة بوجه خاص الى طلاب الدراسات العليا ورجال القانون المشغوفين بالبحث العلمى لعلهم يجدون فيها ما يشفى غليلهم •

والله ولى التوفيق •

مصر الجديدة فى ١٥ يوليه ١٩٨٧ **سليمان مرقس**

القسم الأول

بحوث وتعليقات على الأحكام في المسئولية المدنية

الفــرع الأول

فى المسئولية المدنية المبنية على خطأ ثابت

(أ) البحـــوث

(١) فى ضبط معيار الخطأ أساس المسئولية المدنية (*)

تنص المــادة ١٦٤ من التقنين المــدنى السورى على أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، وهى مطابقة فى ذلك لمــا تنص عليه المادة ١٦٣ من التقنين المدنى المصرى ، وهمــا تقابلان نص المادة ١٣٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى وتمتــازان عليه بأنهما تبرزان أكثــر منــه دور الخطأ باعتباره أساسا للمسئولية المدنيــة وللالتزام بالتعويض الذى يترتب على الفعل الضار .

وقد تضمنت المــادتان ١٢٢ و ١٢٣ من تقنين الموجبــات والعقود اللبنانى مثل هذا المعنى فى عبارات أقل تركيزا ، ولكنهما لا تدعان مجالا للجدل فى أنهما تعتبران الخطأ أساس المسئولية المدنية ، بل انهما عنيتا بوجه خاص بأن تبينا أن الخطأ الموجب للمسئولية المدنية يستوى فيه أن يكون فعلا ايجابيا أو مجرد اهمال أو عدم تبصر .

تعــريف الخطـــأ

ويلاحظ أن هذه التقنينات الاربعـــة قد اتفقت فى اعتبارها الخطأ أساسا للمسئولية المدنية وما يترتب عليهـــا من التزام بالتعويض ، وفى

(*) محاضرة القيت فى مساء يوم الاثنين ١٢ مايو ١٩٧٠ بقــاعة دار الكتب بمدينة حلب فى افتتاح موسم المحاضرات الذى نظمته لسنة ١٩٧٠ نقابة المحامين بالاشتراك مع مجلس كلية الحقوق بحلب . وقد أضيفت اليها فقرات جديدة كاملة مع الاشارة الى مراجع البحث فى مواضعها من المحاضرة .

اغفالها تعريف الخطأ تعريفا يعين كنهه أو يبين طريقة ضبطه ، أو يحدد عناصره .

وقد حاول الشراح منذ صدور تقنين نابوليون تعريف الخطأ ، وكانت تعاريفهم اياه كثيرا ما تتباين وفقا لنزعاتهم الشخصية وحسب ظروف المجتمع الذى يعيشون فيه من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية ومتطلبات هذا التطور ، فبينما ذهب الاوائل فى ذلك مذهبا يضيق من دائرة الخطأ ويحد بالتالى من قيام المسئولية المدنية والالتزام بالتعويض، سلك المحدثون طريق التوسع فى تعريف الخطأ توصلا لتسهيل قيام المسئولية ولتيسير حصول المضرورين على تعويض ما أصابهم من ضرر ، حتى بلغ الأمر منذ أواخر القرن الماضى بفريق من الفقهاء لا يستهان به الى حد المناداة بالاستغناء عن الخطأ كأساس للمسئولية المدنية واستبدال فكرة تحمل التبعة به كقاعدة عامة ، ولئن صادفت دعوة هذا الفريق الأخير أول الأمر بعض النجاح فى الفقه خاصة ، فانها لم تلبث أن فقدت معظم أنصارها بعد أن تبين افتقارها من جهة الى السند القانونى ومن جهة أخرى الى العناصر اللازمة لصلاحيتها للتطبيق كقاعدة عامة .

وليس هنا مجال تحليل هذه الدعوة وبيان مواضع النقص فيها ، وانما نشير اليها فقط باعتبارها أثرا من آثار تطور ظروف المجتمع الاقتصادية والاجتماعية على كيفية فهم الخطأ كأساس للمسئولية المدنية حيث لم تظهر هذه الدعوة الا نتيجة لظهور الصناعات الكبرى فى العصر الحديث وانتشار استعمال الآلات الضخمة الشديدة التعقيد والكثيرة الخطر وتضاعف عدد الحوادث الضارة بفعل هذه الآلات عدة أضعاف ، مما أدى الى كثرة عدد ضحايا هذه الحوادث وصعوبة اثباتهم خطأ من يتسببون فى وقوعها وضياع حقهم فى التعويض اذا ما عجزوا عن النهوض بهذا العبء الثقيل — عبء اثبات الخطأ — الأمر الذى دعا الى محاولة مساعدة هؤلاء المصابين عن طريق مهاجمة الخطأ كأساس للمسئولية المدنية .

وبعد أن تبين عدم صلاحية هذه النظرية للأخذ بها كقاعدة عامة تقوم على أساسها المسئولية المدنية بدلا من قيامها على أساس الخطأ ، قنع بعض أنصارها بترشيحها كأساس احتياطى أو ثانوى للمسئولية المدنية فى الحالات التى لا يتوافر فيها أساس الخطأ والتى تقتضى فيها العدالة تعويض المضرور ، كحوادث العمل وحوادث الطيران وغيرها ، وسلم بعضهم بأن ذلك لا يمكن أن يكون الا بموجب قوانين خاصة ، وصدرت بالفعل تشريعات تطبق ذلك • لكن هذا لم يمس بالقاعدة العامة القاضية بقيام المسئولية المدنية على أساس الخطأ وحده ، وبالتالى لم يقلل من الحاجة الى تعريف الخطأ وضبطه •

واذا استعرضنا تعاريف الخطأ لدى شراح القانون الفرنسى الأوائل طوال القرن الماضى أمكن أن نردها جميعا الى تعريفين رئيسيين : أولهما أن الخطأ مساس بحق للغير دون حق ، والثانى انه اخلال بواجب قانونى •

ويلاحظ أن جميع هؤلاء الشراح قد عرضوا لهذه التعاريف فى ضمن تعريفهم كل من الجريمة وشبه الجريمة بعد أن فرقوا بينهما على أساس أن الاولى يكون فيها الخطأ عمدا أى مرتكبا بقصد الاضرار بالغير وأن الثانية لا يكون الأمر فيها كذلك بل يكفى فيها أن يكون الفاعل قد توقع النتائج الضارة لفعله •

ويخلص من ذلك أنهم يرون فى الخطأ عنصرين :

١ — عنصر مادى هو المساس بحق الغير دون حق ، أو الاخلال بواجب قانونى •

٢ — وعنصر نفسى هو قصد الاضرار بالغير أو على الأقل توقع النتائج الضارة لذلك الفعل المكون للعنصر المادى •

غير أن الأسباب التى سبق أن أشرنا الى أنها دعت فى أواخر القرن

الماضى الى محاولات التوسع فى المسئولية المدنيـــة من طريق المنـــاداة باحلال نظرية تحمل التبعة محل الخطأ كأساس لهـــا حملت هى نفسهـــا فريقا من الشراح الذين رفضوا الأخذ بذلك على أن يوسعوا من دائرة الخطأ ويسهلوا قيامه وييسروا اثباته •

وقد سلكوا لهذا الغرض أحد سبيلين أو كليهما معـــا ، وهما أولا الحد من العنصر النفسى بقدر الامكان أو الاستغناء عنه ، وثانيا توسيع العنصر المادى بحيث تتسع دائرة الخطأ لاستيعاب جميع أنواع الحوادث التى ترى العدالة ضرورة التعويض فيها •

وسنعرض فى ايجاز المراحل التى قطعوها فى الطريق الأول ، ثم ننتقل الى الطريق الثانى لنقف فيه عند نقطتين رئيسيتين :

(١) بيان الواجبات القانونية التى يعـــد الاخلال بها خطأ وتعيين مصادرها •

(٢) تعيين مدى هذه الواجبات القانونية •

هذه هى المسائل الثلاث التى نتناولها تباعا فى هذه المحاضرة •

الطريق الأول ــ طريق الحد من العنصر النفسى للخطأ :

المقصود أصلا بالعنصر النفسى للخطأ هو أن يكون مرتكب الفعل الضار قد قصد الاضرار بالغير أو على الأقل أن يكون قد توقع أن اتيانه عملا معينا يمكن أن يترتب عليه ضرر للغير ولم يثنه توقعه ذلك عن اتيان هـــذا الفعل أو لم يحمـــله على اتخـــاذ الاحتياطات اللازمة لتفـــادى الضرر (١) •

---

(١) راجع فى النظريات المختلفة فى ذلك نيـــاجو فى رســـالة من باريس سنة ١٩٢٧ ص ٣٨ وما بعدها ، روديير فى المسئولية المدنية سنة ١٩٥٢ =

غير أنه نظرا لصعوبة تقصى هذا العنصر النفسى بالمعيـــار الذاتى وتعذر اثبات توافره ، ذهبت كثرة الشراح الى الاكتفاء فى شأنه بالتقدير الموضوعي المجرد in abstracto ، ومؤداه صرف النظر عن كون الفاعل قد تمثل فعلا وقوع الضرر باعتباره نتيجة محتملة لفعله والاكتفاء بأن يكون فى وسع الرجل العادى تمثله فى مثل الظروف التى وقع فيها ذلك الفعل .

وقد أدى هذا النظر الى نقص أهمية العنصر النفسى للخطأ ، حيث انتهى به الى أن يصبح بمثابة اشتراط التمييز والحرية فحسب (٢)، ، والى افتراض توافرهما فى كل شخص وبالتالى افتراض قدرة كل شخص على تمثل النتائج الضارة لأفعاله ما لم يثبت هو أنه كـــان وقت ارتكاب الفعل الضار منعدم التمييز أو فاقد الحرية .

وبذلك أصبحت أهمية هذا العنصر تنحصر فى أنه يتيح للمدعى عليه بالمسئولية أن يتمسك بدفع يدفع به مسئوليته من طريق اثبات أنه كان فاقد التمييز أو الحرية وقت ارتكاب الفعل الضار ، وبعبارة أخرى فان هذا النظر يؤدى الى مساءلة مرتكب الفعل الضار ولو لم يثبت أنه قصد الاضرار بالغير أو انه توقع امكان نجوم الضرر للغير من فعله ، بل حتى دون حاجة الى اثبات توافر التمييز والحرية لـــديه وقت ارتكاب الفعل الضار اذ يفترض توافرهما فيه الى أن يثبت هو عكس ذلك .

وبعد أن تضاءلت بهذا النظر أهمية العنصر النفسى للخطأ الى هذا الحـــد ، ذهب فريق من الشراح الى القول بأنه مادام مسلما بتقـــدير العنصر النفسى المشار اليه تقديرا موضوعيا ، فان ذلك ينأى بالمسئولية عن أن تكون شـــخصية subjective ويجعلهـــا أقرب الى أن تكـــون

= ص ٢٤ نبذة ١٣٩١ وما بعدها ، ليجال Legal فى رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ فى الاهمال وعدم التبصر باعتبارهما مصدرا للمسئولية المدنية ص ٥٤ وما بعدها .

(٢) سافاتييه ج ١ ط ١٩٥١ نبذة ٤ ونبذة ١٦١ وما بعدها .

مسئولية مادية ، لا محل للتمسك فيهـا بالعنصر النفسى للخطأ ، ورتبوا على ذلك امكان تحقق مسئولية عديمى التمييز بمجرد توافر العنصر المادى للخطأ فقط ، عنصر عدم المشروعية أو الاخلال بالواجب القانونى •

غير أن القضاء الفرنسى ، يؤيده كثير من الشراح ، لايزال متمسكا من حيث المبدأ على الأقل ، بضرورة توافر الشرط النفسى للخطأ أو على الأقل شرط التمييز ، نقول من حيث المبدأ على الأقل لأن المحاكم الفرنسية بعد أن قررت مرارا عدم مسئولية عديم التمييـز ، اجتهـدت فى غالب الأحوال أن تضيق من حالات عدم المسـئولية أو أن تخفف من آثارهـا بوسائل شتى ، حتى أصبح يجوز القول أن القضـاء الفرنسى لم يعـد يتطلب العنصر النفسى للخطأ أو يقضى بانتفـاء المسئولية بسبب عدم توافر هذا العنصر الا فى أحوال نادرة جدا •

وقد رأى المشرع المصرى أن اشتراط العنصر النفسى للخطأ نتيجة لازمة لاشتراط عنصره المادى ، عنصر الاخلال بواجب قانونى ، اذ أن هذا الواجب انما يفترض وجود قاعدة قانونية توجبه ، وهـذه القاعدة خطاب موجه الى الناس ، فهى تفترض فيمن توجه اليهم التمييز ، بل هى فى الأصل لا تعتبر موجهة الا الى من يتوافر فيهم التمييز ، فيما عدا الحالات الاستثنائية التى يفرض فيها القانون واجبا لا يتطلب من المكلف به تمييزا أو ادراكا ويمكن اقتضاؤه منه دون حاجة فى ذلك الى أى عمل ارادى من جانبه كما هو شأن الالتزام بالضرائب وشأن التزام المتبوع عديم التمييز بضمان أفعال تابعه ••• الخ •

ولذلك نص التقنين المدنى المصرى القائم فى المـادة ١٦٤ منه على ضرورة توافر التمييز فى مرتكب الفعل الضار حتى يمكن الزامه بتعويض ما سببه من ضرر للغير ، وكذلك فعل التقنين السورى فى المادة ١٦٥ منـه والتقنين الليبى فى المـادة ١٦٧ والتقنين اللبنـانى فى المـادة ٢/١٢٢ والتقنينان التونسى والمراكشى فى المادة ١٠٥/٩٦ منهمـا (ولم يشذ عن ذلك سوى التقنين العراقى فى المادة ١٩١ منه) •

الطريق الثانى — طريق التوسع فى العنصر المادى للخطأ :

قلنا ان بعض شراح القانون الفرنسى الأوائل اعتبروا أن العنصر المادى للخطأ يتكون من مساس بحق للغير دون حق •

ونلاحظ بادىء الأمر على هـذا التعريف الأول أن المساس بحق للغير لا يكون بذاته العنصر المادى للخطأ ، وانما هو يكون ركن الضرر ، وان ما يمت للخطأ فى هذا التعريف هو كون المساس بحق للغير حاصلا دون حق ، اذ أن المرء ملزم بعدم مجاوزة حقوقه ، أى أنه يجب عليه أن يقف فى نشاطه حيث ينتهى حقه ويبدأ حق غيره • فاذا جاوز هذا الحد كان ذلك اخلالا منه بواجبه • ومن هنا يمكن القول بأن تعريف العنصر المادى للخطأ بأنه المساس بحق للغير دون حق لا يبعد كثيرا عن تعريفه بأنه الاخلال بواجب قانونى •

وسنرى بعد قليل أن هذه الفكرة لها خصوبة خاصة حيث انها تساعد على كشف العدد الكبير من الواجبات القانونية التى يعد الاخلال بها خطأ •

لذلك ساد فى الفقه الحديث فى أواخر القرن الماضى التعريف الآخر للعنصر المادى للخطأ وهو أنه اخلال بواجب قانونى سابق • وهذا التعريف هو الذى انطلقت منه جميع محاولات التوسع فى العنصر المادى للخطأ •

فقد لوحظ أنه اذا كان القانون كثيرا ما يفرض بنصوص صريحة واجبات معينة يعد الاخلال بها خطأ بوجب المسئولية والتعويض دون جدال ، فان قصر دائرة الخطأ على الاخلال بتلك الواجبات المنصوص عليها صراحة يؤدى الى تضييق نطاق العنصر المادى للخطأ تضييقا شديدا يجعل قواعد المسئولية المدنية تقصر عن تحقيق العدالة وما تقتضيه من تعويض فى كثير من الحالات الأخرى •

(أولا) التوسع من طريق اقرار واجبات قانونية بغير نصوص :

لذلك سرعان ما سلم بوجوب عدم قصر الخطأ على الواجبات القانونية المنصوص عليها صراحة وبضرورة الكشف عن واجبات قانونية أخرى غير منصوص عليها ويعد الاخلال بها خطأ يستتبع المسئولية والتعويض .

وقد ظهرت فى هذا السبيل عدة محاولات :

(أ) محاولة بلانيول الاستناد الى مبادىء القانون العامة :

وكان أول من حاول تحديد هذه الواجبات العلامة الفرنسى الكبير بلانيول ، فهو بعد أن عرف الخطأ بأنه أخلال بواجب قانونى سابق قال ان المقصود بذلك ليس الاخلال بالتزام قائم بين شخصين معينين فحسب ، بل أيضا الاخلال بأى التزام من الالتزامات العامة التى تقع على عاتق كل شخص والتى لا يحتاج تقريرها الى نصوص خاصة بل يستنبط من المبادىء العامة للقانون (٣) . وقد حاول بلانيول أن يرد هذه الالتزامات العامة الى أربعة ، هى : (١) الامتناع عن استعمال القوة نحو الأشياء والأشخاص ، (٢) والامتناع عن الغش ، (٣) والامتناع عن كل فعل يقتضى قدرة أو مهارة لا يملكها الشخص بالدرجة اللازمة ، (٤) ورقابة الشخص الأشياء الخطيرة التى يحوزها أو الأشخاص الذين يكونون فى حراسته رقابة كاملة .

---

(٣) وهذه الفكرة مستمدة هى ذاتها من دوما فى كتابه عن القوانين المدنية les lois civiles حيث يقول :

C'est une suite naturelle de toutes les espèces d'engagements particuliers et de l'engagement général de ne faire tort à personne que ceux qui causent quelque dommage soit pour evoir contrevenu à quelque engagement ou pour y avoir manqué sont obligés de réparer le tort qu'ils ont fait.

(Domat, les lois civiles, IIV, III, tit. V.)

مشار اليه فى مازو جـ ١ نبذة ٣٦ هامش ٩ .

وظاهر أن هذه الالتزامات الأربعه التى قرر بلانيول وجودها تمهيدا لاعتبار من يخل بأيها مرتكبا خطأ يستوجب المسئولية هى التزامات عامة بعيدة كل البعد عن التحديد الضرورى للقواعد القانونية وما يتفرع عليها من التزامات (٤) • ولذلك أثارت محاولة بلانيول فى الفقه نقدا شديدا ونعت تعريفه الخطأ بأنه خاطىء وغير مجد définition fausse et inutile (٥) • وكان فى مقدمة ما وجه الى هذا التعريف من نقد انه لا يقدمنا كثيرا فى تمييز الفعل الخطأ من غيره لأن القول بأن الخطأ اخلال بواجب قانونى سابق يقتضى تعيين جميع واجبات الشخص حتى يبين ما اذا كان الفعل الضار المنسوب اليه ينطوى على اخلال بأحد هذه الواجبات أم لا ، وليس فى استطاعة أحد أن يضع بيانا شاملا لتلك الواجبات لأنها انما تنشأ من ظروف الحياة المختلفة والمتنوعة تنوعا لا نهائيا ، واذن يكون هذا التعريف عقيما لأنه لا يحل مسألة الخطأ وانما ينقل صعوبتها من مرحلة الى أخرى دون تقريب حلها ، اذ هو يسمح للقاضى — بدلا من أن يتساءل عما اذا كان الفعل الضار المنسوب الى المدعى عليه خطأ أم لا — أن يتساءل عما اذا كان ثمة واجب قانونى يفرض على المدعى عليه الامتناع عن مثل هذا الفعل الضار أم لا (٦) •

وظاهر أن تقرير وجود واجب قانونى أو عدمه مسألة لا تقل صعوبة عن نعت الفعل الضار بأنه خطأ أو غير خطأ ، وأن تعريف بلانيول لا يتضمن كيفية تعيين مجموعة الواجبات التى تقع على عاتق كل

---

(٤) انظر فى هذا المعنى جوريه ، فى الاثراء على حساب الغير ، باريس ١٩٤٩ نبذة ٢٧٦ ، جوسران جـ ٢ نبذة ٤٢٢ .

(٥) انظر بوجه خاص بريت دى لاجريسيه فى بحثه فى نظرية المسئولية فى القانون الجنائى وفى القانون المدنى منشور بالمجلة العامة للقانون والتشريع والقضاء ، باريس ١٩٢٨ ص ١٩٣ وما بعدها ، جوسران جـ ٢ نبذة ٤٢٢ ، مازو نبذة ٣٩٢ . وانظر فى عرض هذا النقد وتفنيده رسالة رابو Rabut فى تعريف الخطأ فى القانون الخاص باريس ١٩٤٩ ص ٢٥ وما بعدها .

(٦) انظر كولان وكابيتان جـ ٢ الطبعة الثامنة ص ١٨٠ .

منا ، ولذلك فهـو ان صلح فى تعيين الخطأ الذى يكون اخـلالا بواجب محدد بنص قانونى ، فانه لا يصلح فيما عـدا ذلك من أحوال ولا يحقق ما رمى اليه منه بلانيول من توسيع لفكرة الخطأ بحيث تشمل غير الحالات التى توجد فيها واجبات مفروضة بنصوص قانونية (٧) .

ولا نزاع فى أن لهذا النقد نصيبا من الصحة ، ولكنه نصيب مبالغ فيه الى حد كبير ، اذ هو يتجاهل فضل تعريف الخطأ بأنه اخلال بواجب سابق فى توجيه البحث عن معيار الخطأ وجهة صحيحة . وكان السير فى هذا الاتجاه كفيلا بالاهتداء الى الضابط الذى تعين به واجبات كل منا فى كل ظرف من ظروف الحياة كما سيجىء فيما بعد .

يبقى مع ذلك أن بلانيول اذا كان قد أصاب فى تقرير وجود واجبات قانونية عامة غير منصوص عليها تستمد من المبادىء العامة للقانون ، فانه لم يبين كيف ساغ له أن يستمد تلك الواجبات العامة الأربعة التى قررها من مبادىء القانون العامة ولا لماذا تقصر تلك المبادىء العامة عن انشاء غير هذه الواجبات العامة الأربعة . ولو أنه أعمل فى ذلك منطقه القانونى الذى اشتهر به لبان له أن تلك الواجبات ليست فقط واجبات قانونيـة مستمدة من مبادىء القانون العـامة ، ولأمكنه بمواصلة البحث أن يبلغ الغاية .

ولكن لأنه لم يفعل ، بقيت فكرته ناقصة بل عقيمة ، وانصرف عنها الشراح بحثا عن غيرها ؛ فالتجأوا الى الاستعانة بقواعد الأخلاق .

(ب) محاولات ريبير وسافاتييه الاستعانة بقواعد الأخلاق :

(١) تعريف ريبير : اعتمـد ريبير تعريف بلانيـول للخطـأ بأنه

---

(٧) فى هذا المعنى بيدان وكابيتان فى مجلـة كليتى الحقـوق والاداب بجرينوبل ١٩٠٦ ص ١٣٨ (مشار اليه فى رسالة رابو ص ٢٢) .

اخلال بواجب سابق ، ليس من الضرورى أن يكون منصوصا عليه صراحة ، واستهدف مثله التوسع فى الواجبات القانونية التى يعتبر الاخلال بها خطأ ، ولكنه لم يحاول مثله تعداد تلك الواجبات القانونية ، ولا استمدادها من مبادىء القانون العامة وحدها ، بل قرر أن الواجبات القانونية اما أن تكون ناشئة من القانون la loi أو من العقد ، واما أن تفرضها المبادىء العامة للأخلاق أو للقانون ، تلك المبادىء العامة التى يجب على القاضى أن يكفل احترامها • وذهب الى أن قواعد الأخلاق تجتذب اليها القواعد القانونية لتستفيد من الجزاء المقرر لها ، وأن القاعدة الخلقية التى تنهى عن الأضرار بالغير Neminem loedere من شأنها أن تجعل القانون يفرض على الناس أن يسلكوا مسلكا معينا حتى لا يضروا بالغير (٨)
une obligation générale de bien se condwire.

ويلاحظ على هذا الرأى أنه يجعل بعض الواجبات الأخلاقية فى منزلة الواجبات القانونية التى يعد الاخلال بها خطأ مدنيا ، دون أن يبين كيفية ارتفاع الواجبات والقواعد الأخلاقية الى مرتبة الواجبات والقواعد القانونية ، ودون أن يضع معيارا للتفرقة بين الواجبات الأخلاقية التى ترقى الى منزلة الواجبات القانونية وتلك التى لا ترقى الى هذه المنزلة • وانما هو قد اقتصر على الاشارة الى واجب واحد من النوع الأول هو الواجب العام بمراعاة سلوك لا يضر بالغير ، مع أن هذا الواجب ان كان مسلما بأنه واجب خلقى فانه يعوزه الكثير مما يلزم لاعتباره واجبا

---

(٨) انظر ريبير ، فى القاعدة الخلقية نبذة ١١٢ ، وفى كتاب بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ٢ طبعة سنة ١٩٤٩ نبذة ٩١٣ و ٩١٤ ، وانظر ايضا نبذة ٩١٥ حيث يقول :

«La faute est l'acte contraire à la loi. Mais comme il n'est pas nécessaire qu'il y ait violation d'une disposition légale expresse pour qu'il y ait responsabilité, le mot «faute» désigne tout aussi bien l'acte contraire à la légalité que l'acte contraire à la moralité ou à l'habitude.»

قانونيا ، هذا فوق أن صاحب هذا الرأى يترك الواجبات القانونية ذاتها عامة دون تحديد ودون معيار يساعد على تحديدها .

(٢) **تعريف سافاتييه** : أما سافاتييه فقد عرف الخطأ بأنه اخلال بواجب قانونى كان فى وسع المخل أن يتبينه وأن يلتزمه (٩) ، ثم عرض لتعيين الواجب الذى يعد الاخلال به خطأ ، فقال ان هذا الواجب اما أن يكون مقررا قانونا devoir légal ، واما أن يكون واجبا ناشئا من عقد devoir contractuel . واما أن يكون واجبا أدبيا محددا devoir moral déterminé. أى انه يأمر بفعل معين أو ينهى عن عمل محدد ، واما أن يكون هو الواجب العام الذى يفرض على كل شخص عدم الاضرار بالغير (١٠) devoir général de ne pas nuire à autrui

ويلاحظ على هذا الرأى أنه لا يمكن أن يكون المقصود منه اعتبار جميع الواجبات الأدبية ، بما فيها واجبات الاسعاف والاحسان الى الغير ، واجبات يعد الاخلال بها خطأ مدنيا ، وانه هو أيضا كسابقه لا يضع معيارا تعين به الواجبات الأدبية التى ترقى الى هذا المستوى ، وان الواجب العام الذى يقول به ، واجب عدم الاضرار بالغير ، فوق أنه يعوزه كثير من مقومات الواجب القانونى الذى يعد الاخلال به خطأ مدنيا ، فان اطلاقه يجاوز ما قصد به ، لأنه يؤدى الى أبعد مما تذهب اليه نظرية تحمل التبعة ، اذ يؤدى الى اعتبار كل من يحدث ضررا للغير مخلا بهذا الواجب وبالتالى مخطئا ومسئولا أيا كانت الظروف والأحوال فى حين أن أنصار نظرية تحمل التبعة سلموا بأنه من غير الممكن اطلاقها بحيث تؤدى الى المساءلة عن كل نشاط ضار ، فلجأوا فى تقييدها الى فكرة الغرم بالغنم أو مزايا الاستغلال الاقتصادى أو الى فكرة النشاط الشاذ . ولا شك فى أن سافاتييه لم يقصد بتعريفه الخطأ أن يشاطر

---

(٩) سافاتييه فى المسئولية المدنية طبعة ١٩٥١ جـ ١ نبذة ٤ .

(١٠) المرجع السابق نبذة ٦ . وقد اخذ بعض الشراح الاخرين بفكرة وجود واجب قانونى عام بعدم الاضرار بالغير ، كما سيجىء فيما بعد .

خصوم نظرية الخطأ رأيهم فيما وصلوا اليه من نتائج ومن باب أولى لم يقصد أن يذهب الى أبعد مما ذهبوا اليه .

صحيح أن سافاتييه يخول محدث الضرر بغيره أن يدفع مسئوليته بأن يثبت أنه كان فى مركز يخوله حق الاضرار بالغير ، غير أن ذلك يقتضى تعيين الحالات التى يملك فيها الشخص حق الاضرار بالغير بحيث يستطيع أن يتمسك بهذا الحق لدفع مسئوليته عن الضرر الذى أحدثه بالغير ، وقد حاول سافاتييه تعيين الحقوق التى تخول صاحبها أن يضر بالغير فى ممارسته اياها (١١) ، ولكن يلاحظ على تلك الحقوق التى عينها أنه لا يمكن النظر اليها باعتبارها حقوقا مطلقة تخول أصحابها فى جميع الأحوال حق الاضرار بالغير أو حق خرق الواجب العام الذى يقضى بعدم الاضرار بالغير ، وانما هى فى الواقع سلطات تخول صاحبها نشاطا يختلف مداه باختلاف الظروف والأحوال التى يباشر فيها وباختلاف حقوق الآخرين التى يصطدم بها . فكل حق منها انما يتعارض فى الواقع مع الواجبات المفروضة على صاحبه ازاء حقوق الآخرين التى يصطدم بها فى مباشرة حقه ، فيلزم فى هذا التعارض بين الحق الشخصى والواجب الشخصى المقابل لحق معين من حقوق الغير تعيين الحد الذى ينتهى عنده ذلك الحق ويبدأ عنده هذا الواجب ، وهو واجب شخصى يفرض احترام حق معين وليس واجبا عاما يقضى بعدم الاضرار بالغير بصفة عامة ، وسنعود الى ذلك عند الكلام فى المسألة الأخيرة مسألة تحديد مدى الواجبات القانونية .

(جـ) فكرة وجود واجب قانونى عام بعدم الاضرار بالغير او باتخاذ الحيطة اللازمة لعدم الاضرار بالغير — وجدت نواة فكرة الواجب القانونى العام بعدم الاضرار بالغير فى كتابات دوما (١٢) ، ثم عند ديمولومب (١٣) وماركاديه وغيرهما من الشراح الأوائل فى أشكال

---

(١١) المرجع السابق نبذة ٣٦ .
(١٢) انظر عبارته التى سبق ايرادها فى الهامش ٣ .
(١٣) ديمولومب جـ ٣١ نبذة ٤٧٩ .

تتفاوت فى وضوحها • ويبدو أن ريبير وسافاتييه قد انتهيا بتصعيد الواجب العام الأدبى بعدم الاضرار بالغير حتى جعلا منه واجبا قانونيا • وقد أخذ بذلك أستاذنا الكبير الدكتور السنهورى (١٤) ، ثم عمد الى تحويره تحويرا سنشير اليه (١٥) كما أخذ به الأستاذ ادمون نعيم (١٦) وكذلك المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى المصرى (١٧) •

وتقرب من ذلك أيضا نظرية النائب العام البلجيكى ليكلير (١٨) •

ولقد حاول القائلون بوجود هذا الواجب القانونى العام بعدم الاضرار بالغير اسناده الى نصوص المواد ١٣٨٢ مدنى فرنسى وما بعدها وما يقابلها فى القوانين الأخرى . فقالوا ان هذا الواجب واجب قانونى ، لا مجرد واجب أدبى ، لأن هذه النصوص تفرضه وتجعل جزاء الاخلال به الالتزام بالتعويض •

ولكن هذا القول مردود عليه بأن هذه النصوص بتقريرها الزام من ارتكب خطأ أضر بالغير بتعويض هذا الضرر ، قد اقتصرت على تقرير نشوء الالتزام بالتعويض — وهو التزام جزائى وليس التزاما أوليا — نتيجة للاخلال بالتزام أولى افترضت تلك النصوص وجوده

---

(١٤) فى الموجز سنة ١٩٣٨ نبذة ٣٠٨ .

(١٥) فى الوسيط جـ ١ ص ٧٤٨ نبذة ٥٠٩ و ص ٧٥١ نبذة ٥١١ .

(١٦) فى رسالته فى الخطأ فى القانون اللبنانى المقارن مع القانون الفرنسى ، بيروت ١٩٥٣ ص ٩٢ و ٩٣ .

(١٧) مجموعة الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى المصرى جـ ٢ ص ٣٥٤ .

(١٨) أنظر ليكلير فى بحث له يتساءل فيه عما اذا كان سائق السيارة الذى يقتل أو يجرح عابر طريق يرتكب عملا مشروعا أم لا ، مطبوع فى بروكسل بمطبعة Bruylant سنة ١٩٢٩ ، وانظر فى عرض نظريته مازو نبذة ٣٨٥ ، بيرسون ودى فيليه فى المسئولية المدنية نبذة ٦٠ وما بعدها ، دابان فى المجلة العامة البلجيكية للتأمينات والمسئولية ١٩٣٣ ص ٣١٥ وما بعدها ، جورف Gorphe فى المجلة الانتقادية ١٩٣٦ ص ١٢٠ وما بعدها ، اسمان فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٤٦١ وما بعدها .

خارجا عنها ، ولابد له من مصدر خاص ينشئه (١٩) • فاذا لم يوجد نص آخر يفرض الواجب العام بعدم الاضرار بالغير ؛ فلا يمكن اعتبـاره واجبا قانونيا ، ولا يكفى الاخلال به لأيجاب تطبيق المسئولية المدنيـة المنصوص عليها فى تلك المواد •

هذا فوق أن القول بوجود هـذا الواجب القانونى العـام بعدم الاضرار بالغير ، حتى مع التسليم بما يذهب اليه سافاتييه من حق مرتكب الفعل الضار فى دفع مسـئوليته اذا أثبت أنه كان له حق يخوله احداث ذلك الضرر بالغير ، لا يتفق مع أحكام القانون الوضعى المتعلقة باثبات المسئولية المدنية ، لأنه يؤدى الى أنه متى أضر شخص بآخر وجب على مرتكب الفعل الضار متى رفعت عليـه دعوى المسئولية أن يثبت هـو أنه كان فى حالة من الحـالات الاستثنائية التى تخـوله حق الاضرار بالغير ، وذلك دون أن يثبت المصـاب المدعى أى شىء غير الضرر الذى أصابه ، فى حين أن القانون يقضى بأن البينة على من ادعى وأن المدعى بالتعويض هو الذى يقع عليـه عبء اثبات خطأ المدعى عليه ، الا فيمـا استثنى من ذلك بنص خاص (٢٠) •

لذلك ذهب فريق آخر من الشراح الى أن ذلك الواجب القـانونى العام لا يمكن أن يكون التزاما بنتيجة بحيث يفرض على كل شخص عدم الاضرار بالغير ، وانما هو التزام بوسيلة فحسب ؛ لأنه يفرض على كل شخص توخى اليقظة والحيطة لعدم الاضرار بالغير (٢١) ؛ غير أن هذا التحوير فى النظرية ان كان يدرأ عنها هذا الاعتراض الأخير المسـتمد

---

(١٩) فى هـذا المعنى بلانيول وريبير الموجـز ج ٢ الطبعة العـاشرة ص ٢٩٣ •

(٢٠) فى هذا المعنى رابو ص ٧٧ و ص ١٥٣ •

(٢١) من هذا الفريق كولان وكابيتان ج ٢ ص ١٧٩ نبذة ١٩٠ ، كوهان فى خطأ الامتنـاع ص ١٠٣ وما بعـدها ، فان رين Van Ryn فى المسئوليتين العقدية والتقصيرية نبذة ١٧ ، مازو فى المسئولية المدنية نبذة ١٠٣ ثانيا ، جوريه فى الاثراء على حساب الغير ١٩٤٩ ص ٢٩٦ نبذة ٢٨٤ ، السنهورى فى الوسيط ج ١ نبذة ٥٢٧ ونبذة ٥٣٠ •

من قواعد الاثبات ،، فانه لا يدرأ عنها الاعتراض الجوهرى السابق ، وهو افتقار هذا الواجب القانونى لسند وجوده ، أى للقاعدة القانونية المنشئة له .

هذا فضلا عن الاعتراضات الأخرى التى وجهت الى هذه النظـرية استنادا الى وجود فروق أساسية بين القاعدة الأدبية والواجب الأدبى من جهة والقاعدة القانونية والواجب القانونى من جهة أخرى والى ضرورة توافر مقومات معينة فى الواجب القانونى لا تتوافر فى الواجب العـام بعدم الاضرار بالغير ، وهى تلخص فى أن قاعدة الأخلاق توجه الخطاب الى ضمير كل فرد بصـفة مستقلة عن غيره فى حين أن الخطـاب الذى تتضمنه القواعد القانونية يربط كل فرد بغيره من أفراد المجتمع أى أن القاعدة الخلقية تنظم سلوك كل فرد على حـدة ، فتعتبر قاعدة آحادية unilatérale فى حين أن القـاعدة القانونية تنظم العـلاقة بين فرد وآخر ، فهى ثنائية bilatérale ، وبعبارة أخرى فان قواعد الأخلاق تفرض على كل فرد واجبات لا يشترط أن تقابلها حقوق لغيره . فالأخلاق توجب على حب القريب مثلا أو معونة المحتاج أو قول الصدق أو الحلم والسماحة مع الأصـدقاء ، ولكنها لا تخول أحـدا حق مطالبتى بهـذه الواجبات . أما القواعـد القانونية فيترتب عليهـا انشـاء روابط بين الأشـخاص لأن كل واجب تفرضه على شخص يقـابله حق لشخص أو أشخاص آخرين يخولهم اقتضاء هذا الواجب . فالقاعدة القانونية التى تلزم شخصا ما بدين معين تخول الدائن حق مطالبة مدينه بهذا الدين ، فتوجد بذلك رابطة بين دائن ومدين .

ولذلك فالواجب العام الذى يفرض على كل فرد عـدم الاضرار بالغير (أو توخى اليقظة والحيطة لعدم الاضرار بالغير) بصفة عامة هو واجب أخلاقى فحسب لأنه يلزم ضمير الفرد دون أن يخول أحـدا حق المطالبة بأدائه أداء عينيا ، فوق أن محله عام غير محدد ، الأمر الـذى يتعذر معه مطالبة المدين بأدائه عينا بفرض إمكان تعيين الدائن به ، فلا

يسوغ اذن اعتباره واجبا قانونيا لفقده أهم مقومات الواجبات القانونية (٢٢) .

لذلك رأى بعض الشراح الحديثين ضرورة الاتجاه وجهة أخرى فى استقصاء الواجبات القانونية غير المنصوص عليها صراحة بنصوص خاصة .

(د) فكرة السلوك المعتاد والمعيار الموضوعى — يرى هؤلاء الشراح أنه اذا كان القانون يفرض بعض الواجبات بنصوص خاصة ، فليس مؤدى ذلك أن الناس يكونون فيما عدا هذه الواجبات أحرارا فى أن يسلكوا كيفما شاءوا ولو أضروا بمسلكهم بعضهم بعضا ، وانما مؤداه أن يلتزم كل منهم بالسلوك المعتاد . وهذا الالتزام هو واجب قانونى ينشأ من طبيعة الحياة فى مجتمع وبحكم التضامن الاجتماعى .

ومن هذا الفريق ايمانويل ليفى الذى عرف الخطأ بأنه اخلال بالثقة المشروعة ، باعتبار أن لكل شخص فى المجتمع أن يتوقع من غيره أن يسلك سلوكا معتادا ، فاذا سلك أحد الأفراد مسلكا شاذا أضر بغيره ، كان مسلكه هذا اخلالا بالثقة المشروعة التى كانت للمضرور فى أن يتوقع من ذلك الشخص سلوكا معتادا .

ومن هذا الفريق أيضا كولان وكابيتان ، فهما بعد أن عرفا العنصر المادى للخطأ بأنه عدم اتباع السلوك الواجب ، تساءلا عن طريقة تعيين هذا السلوك ، أجابا بأن ذلك يكون بالنظر الى المسلك الذى كان يتبعه الشخص المتبصر المعتنى بأموره لو وجد فى مركز الفاعل ، وقررا أن المرء بحكم وجوده فى مجتمع يتعين عليه أن يحرص على عدم الاضرار بالغير

---

(٢٢) انظر اوبو Oppo فى كتابه « الوفاء والتبرع » ، طبع ميلانو سنة ١٩٤٧ مشار اليه فى كتاب الدكتور ثروت حبيب فى الالتزام الطبيعى ، رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٥٩ ص ١٧٨ و ١٧٩ .

وأنه لذلك يجب عليه أن يسلك لا مسلك الرجل المتوسط العناية فحسب ، بل مسلك الرجل المتبصر اليقظ ، والا وقع فى الخطأ وفى المسئولية (٢٣) .

يبين من ذلك أن كولان وكابيتان قد اعتبرا الخطأ انحرافا عن مسلك واجب ، وأنهما تبينا ضرورة ايجاد معيار لتعيين واجبات الأشخاص فى مختلف الظروف والأحوال ، واعتمد لذلك مسلك الرجل المتبصر اليقظ فى مثل الظروف التى ارتكب فيها المدعى عليه فعله ، فيتعين وفقا لذلك المعيار المسلك الذى كان واجبا على المدعى سلوكه . فاذا كان ما وقع من الأخير مطابقا لذلك المسلك لم يكن خطأ ، والا فهو خطأ .

وظاهر أنهما قد استغنيا بهذا المعيار عن تعداد الواجبات القانونية أو حصرها كما حاول ذلك بلانيول ، وانهما استغنيا به أيضا فى توسيع المسئولية عن محاولة ادخال الواجبات الأدبية كلها أو بعضها فى دائرة الخطأ المدنى كما حاول ذلك ريبير وسافاتييه ، ذلك أنهما اكتفيا ، فى تقدير وجود الخطأ ، بالنظر الى الواجبات القانونية دون غيرها مع اتخاذ معيار عال لتحديد هذه الواجبات يكون من شأنه الاكثار منها أو الزيادة فى مضمونها ومداها ، فلم يكتفيا بمعيار الرجل المتوسط الحرص والعناية بل اتخذا معيارا أشد منه هو معيار الرجل المتبصر المعنى بأموره ، مما يؤدى الى مطالبة كل شخص فى كل حالة على حدة لا بعناية الشخص المتوسط فى مثل هذه الحالة ، بل بعناية أشد من ذلك ، هى عناية الرجل المتبصر (٢٤) .

غير أنهما لم يحددا هذا المعيار الموضوعى تحديدا كافيا ، اذ أنهما جعلا هذا المعيار مسلك الرجل المتبصر فى مثل مركز المدعى عليه ، فلم يبينا المقصود بالمماثلة فى المركز ، أهو مماثلة فى ظروف الزمان والمكان

---

(٢٣) كولان وكابيتان جـ ٢ الطبعة الثامنة ص ١٧٩ نبذة ١٩٠ .
(٢٤) انظر فى نقد ذلك ليبران فى نظرية تدرج الخطأ ص ١٥ وما بعدها .

والحقوق والواجبات المتقابلة فحسب ، أم هو مماثلة فى جميع الظروف بما فى ذلك السن والصحة ودرجة العلم والثقافة والذكاء والمهارة وقوة الأعصاب أو ضعفها ... الخ . مع ما لهذا البيان من أهمية فى ضبط هذا المعيار وتسهيل استخدامه فى تقدير وقوع الخطأ أو عدمه .

وجاء بعدهما الأستاذان هنرى وليون مازو ، فعرفا هما أيضا الخطأ بأنه انحراف فى السلوك بحيث لا يرتكبه الرجل اليقظ الرشيد اذا ما وجد فى مثل الظروف الخارجية للمتسبب فى الضرر (٢٥) ، فأضافا بذلك الى المعيار الذى قال به كولان وكابيتان بعض التحديد الذى كان ينقصه .

وبقطع النظر عن دقة هذا المعيار أو عدمها ، وهو ما سنصل اليه بعد قليل ، يلاحظ على تعاريف هذا الفريق من الشراح للخطأ أنها لاتخرج عن تعريف بلانيول وجمهور الشراح الحديثين اياه بأنه اخلال بواجب سابق ، هو التزام المسلك المعتاد ، ولكنها مثله لا تفيد شيئا فى بيان منشأ هذا الالتزام السابق أو حالاته اذا لم يكن ثمة نص قانونى يفرض هذا الالتزام فى حالة أو حالات معينة .

ذلك أن معيار مسلك الرجل المعتاد لا يصلح أن يكون مصدرا للالتزام بسلوك هذا المسلك أو غيره ، وانما هو مجرد مقياس يعين به مدى التزام فرضه القانون وجعل حدوده متغيرة بحسب ظروف تنفيذه ، أى ان هذا المعيار ليس أداة لانشاء التزام لم ينشئه القانون وانما هو أداة فقط لتعيين مدى التزام أنشأه القانون فعلا ، أو طريقة للتحديد الكمى لالتزام قائم فعلا ، يلجأ اليها فقط فى الأحوال التى يكون فيها القانون قد أنشأ التزاما معينا واكتفى فى تعيينه بتحديد محله تحديدا نوعيا دون أن يحدده تحديدا كميا ، فيستعان فى هذا التحديد الكمى بمسلك الرجل المعتاد اذا ما فرض القانون عليه مثل هذا الالتزام .

---

(٢٥) مازو فى المسئولية المدنية نبذة ٤١٣ .

وكثيرا ما يحيل القانون صراحة عند انشائه الالتزامات الى هذا المعيار لتعيين مداها بمقتضاه ، كما فعل المشرع المصرى فى المادتين ١٩٢ و ١٩٥ بالنسبة الى التزام الفضولى بالمضى فى العمل الذى بدأه لحساب رب العمل وفى المادة ٢١١ بالنسبة لالتزام المدين بالمحافظة على شىء أو بادارته أو لالتزامه بتوخى الحيطة فى تنفيذ ما التزم به ... الخ . بل كثيرا ما يلجأ القضاء الى هذا المعيار لتعيين مدى الالتزام القائم فعلا ولو لم ترد فى النص المنشىء لهذا الالتزام مثل هذه الاحالة ، وذلك باعتبار أن الالتزام الذى أنشأه القانون دون تعيين مداه تعيينا كميا يكون قد أنشأه قابلا للتعيين بمقتضى المعيار المذكور (٢٦) . بل قد تدعو

---

(٢٦) وقد غابت هذه الحقيقة عن بعض الفقهاء ، فخيل اليهم أن القاضى عندما يحدد مدى الالتزام هذا التحديد الكمى ، انما ينشىء الالتزام انشاء ، وقالوا ان القاضى يملك سلطة انشاء الالتزامات القانونية (أنظر من هذا القبيل رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ، جامعة القاهرة سنة ١٩٣٦ النسخة العربية ص ٤٣) . ومن طريق هذه السلطة تتسع دائرة الواجبات القانونية التى يعد الاخلال بها خطأ موجبا للتعويض ، انظر فى ذلك بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ نبذة ٥٠٨ ص ٦٩٦ حيث يقولون :

«.. Les arrêts pour justifier le sujet des actions en dommages — intérêts, ont dit qu'il faut, pour qu'il y ait faute, que la loi oblige à accomplir le fait omis ou que son accomplissement constitue une obligation civile : Cotte affirmation n'a pas grande portée, puisque c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider dans quels cas il y a obligation d'agir».

وحقيقة الامر أن القضاة لا ينشئون الواجبات القانونية انشاء ، وانما هم يقتصرون على أن يعينوا مدى الواجبات التى يكون القانون قد أنشأها ، مستعينا فى ذلك بمعيار مسلك الرجل المعتاد . واذا كان هذا المعيار يتيح لهم التوسع فى مدى الواجبات التى يكون لها وجود مستند الى القانون ، فانه لا يسمح لهم بتاتا بانشاء الواجبات ابتداء ، متى كانت لا تستمد وجودها من القانون . ولذلك نحن لا نقر القول بوجود واجبات قانونية ينشئها القاضى بحكمه . وغاية الامر أنه يمكن القول أن احكام القضاء اذا اطردت على الاعتراف بوجود واجب قانونى معين غير منصوص عليه ، فان اطرادها على ذلك يكون عرفا قضائيا يعتبر مصدرا لقاعدة قانونية منشئه هذا الواجب =

الحاجة الى تطبيق هذا المعيار حتى بالنسبة الى الالتزامات التى أنشأها القانون محددة هذا التحديد الكمى اذا تغيرت الظروف التى راعاها المشرع عند اجراء هذا التحديد الكمى ، كما لو عين القانون حدا أقصى للسرعة فى طريق معين بمراعاة الظروف العادية ، ثم وجدت فى هذا الطريق فى وقت معين تجمعات استثنائية كمظاهرة أو جنازة أو مهرجان ... الخ ، فيتعين حينئذ تخفيف السرعة بمراعاة مسلك الرجل المعتاد فى مثل هذه الظروف بقطع النظر عن الحد الأقصى الذى نص عليه القانون .

المهم فى ذلك أن دور معيار الرجل العادى هو دور التحديد الكمى للالتزام القائم ، لا دور خلق الالتزام أو انشائه ، فلا يمكن الركون اليه لتقرير وجود التزام لم يرد على انشائه نص خاص فى القانون ، ولا بد اذا أريد القول بوجود التزامات قانونية غير الالتزامات التى وردت بانشائها نصوص خاصة من البحث لذلك عن طريق آخر غير طريق معيار مسلك الرجل المعتاد .

(هـ) فكرة الواجبات القانونية المقابلة لحقوق الآخرين —

بان مما تقدم أن الخطأ الموجب للمسئولية والتعويض اخلال بواجب قانونى ولا يكفى فيه أن يكون اخلالا بواجب أدبى أو أخلاقى ، أى أن الواجبات التى يعد الاخلال بها خطأ مدنيا يجب أن تكون ناشئة من

= ولكن فى هذه الحالة يعتبر الواجب المشار اليه ناشئا من القانون بمعناه العلم الذى يشمل جميع مصادر القانون وهى التشريع والعرف ومبادىء الشريعة الاسلامية ومبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة (المادة الاولى من التقنين المدنى الحالى) .

ومن هذا القبيل واجب استعمال الحق بحسن نية ، فهو قد اعتبر قبل النص عليه فى المادة ٥ مدنى الخاصة باساءة استعمال الحقوق ، واجبا قانونيا بناء على اطراد احكام المحاكم المصرية على تحريم اساءة استعمال الحقوق استنادا الى قواعد العدالة ومبادىء القانون الطبيعى (انظر فى ذلك كتابنا « الوافى » فى شرح القانون المدنى ، الجزء الاول سنة ١٩٨٧ ص ٤٧٢) .

القانون (بمعناه العام) ، وأنه لا يصح الوقوف فى ذلك عند حد الواجبات التى نصت صراحة على انشائها نصوص خاصة وأن الحاجة ماسة الى توسيع دائرة الواجبات القانونية مع تحاشى اجراء ذلك من طريق الخلط بين الواجبات الأدبية والواجبات القانونية أو اعتبار بعض الواجبات الأدبية كواجب عدم الاضرار بالغير واجبات قانونية دون سند لذلك من القانون •

وعندى أن الأمر ميسور ، وان كثيرا من الشراح قد لمحوا طريقه وأشاروا اليه ، وان لم تكن فكرته قد وضحت لديهم وضوحا كافيا ، وخصوصا أولئك الشراح الذين تقدم أنهم عرفوا الخطأ بأنه مساس بحق الغير دون حق حيث لم يكن يفوتهم أن مجرد المساس بحق الغير انما يكون ركن الضرر لا ركن الخطأ ، وانه اذا اعتبر خطأ فلأنه ينطوى على خرق للواجب الذى كان يفرض احترام الحق الذى حصل المساس به •

وفى مقدمة أولئك الشراح لارومبيير فى الثلث الأخير من القرن الماضى ، فهو بعد أن عرف الخطأ أو العمل غير المشروع بأنه مساس بحق الغير دون حق ، عاد فى موضع آخر الى ايضاح فكرة عدم المشروعية ، فقال ان الفعل غير المشروع هو الذى لا يجيزه القانون أو الذى ينهى عنه القانون ، أو هو ما لا يملك المرء حق اتيانه ، وان الفعل المشروع هو ما يملك المرء حق القيام به ، ثم قال ان استعمال الحق فى حدوده القانونية وفى تبصر لا يوجب مسئولية ما اذا نشأ عنه ضرر للغير ، وذلك لأن ثبوت حق معين لشخص ينفى ثبوته لغيره ، وبالتالى فان استعمال هذا الشخص حقه لا يتصور معه المساس بحق الغير • وبما أن أساس المسئولية المساس بحق الغير ، فان استعمال المرء حقه لا يمكن أن تترتب عليه مسئولية لأنه لا يمكن أن يمس حقا للغير مادام ثبوت الحق له لا يتنافى مع ثبوته لغيره (٢٧) ، ثم تساءل لارومبيير بعد ذلك عن الأفعال التى

---

(٢٧) لارومبيير جـ ٨ طبعة سنة ١٨٨٥ فى شرح المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ نبذة ١٠ حيث يقول :

يملك كل منا حق اتيانها وبالتالى عن حدود حرية كل منا ، وأجاب عن ذلك بأن حريتنا لا يحدها الا حقوق الآخرين وحريتهم ، ومن ثم قرر أن هذا التعارض أو التنازع القـائم بين حقوق الشخص الواحـد والرخص المقررة له قانونا وبين الحقوق والرخص المقررة للآخرين يبسط ظـلاله على جميع مسائل المسئولية المدنية (٢٨) •

ويلاحظ أنه عندما أشار الى التنازع بين حقوق الشخص الواحـد وحقوق الآخرين انما هو قـد لمس فى واقع الأمر التعارض بين حقوق الشخص وبين واجباته التى تفرض عليه احترام حقوق الآخرين ولكنه لم يحاول أن يتقصى أثر هذا التعـارض فى تعيين المسئولية ، ولا وضع المعيار الذى يتعين به الحد الفاصل بين الأفعال التى يخولهـا حق معين لصاحبه وبين الأفعال المتصلة بهذا الحق التى يجب عليه الامتناع عنهـا احتراما لحقوق غيره بحيث يعتبر مخطئا اذا ارتكب أحد الأفعال الأخيرة ولا يعد فعله خطأ اذا كان داخلا فى الفئة الأولى •

ونجد هذه الفكرة ذاتهـا فى الثلث الأول من القـرن الحالى عند ديموج وجوسران ولكن بشكل أقل وضوحا • فقد قال ديموج أيضا ان العنصر المادى للخطأ هو المساس بحق الغير ، ولكنه لاحظ أن تعيين مدى حقوق الغير والحد الذى تنتهى عنده ليس بالأمر الهين ، فان هذا المدى أو الحد يختلف باختلاف الظروف ، فتارة يتفاوت مـدى الحق بحسب

Peu importe donc que dans l'exercice régulier et prudent de son droit, il ait causé quelque dommage à un tiers. Comme l'action en dommages-intérêts a essentiellement son principe dans la violation du droit d'autruil, à défaut de ce droit elle manque de base légale à l'égard du prétendu contrevenant— Telle èst enfin la mature d'un droit, qu'il n'existe en somme au profit de l'un qu'à l'exclusion et au préjudice même de tous autres—»

(٢٨) المرجع السابق نبذة ١٤ .

الظروف التى يباشر فيها ، وتارة يختلف بحسب الأشخاص الذين يباشر فى مواجهتهم ، وتارة تبلغ الظروف حــدا يعطل الحق تعطيــلا تاما أو يقضى على وجوده كلية (٢٩) • وبناء على ذلك فان التحقق من توافــر العنصر المادى للخطأ يقتضى البحث فيما اذا كان الضرر الذى وقع يعتبر مساسا بحق للمصاب أم لا ، وذلك يقتضى تعيين مدى حق المصــاب فى اصطدامه بنشاط الفاعل الذى أدى الى هذا الضرر • فاما أن يكون حق المصاب ممتدا الى الحد الذى يجعل ما أصــابه من ضرر مســاسا به ، فيتوافر بذلك العنصر المادى لخطأ الفاعل ، واما أن لا يكون كذلك فيكون فعل الفاعل لا خطأ فيه لأنه يكون داخلا فى حدود نشاطه المشروع أى فى حدود حقوقه ، وذلك لأن القانون لا يمكن أن يخول شخصين مختلفين فى حالة معينة حقين متعارضين ممتدين بحيث يتداخل كل منهما فى الآخر

---

(٢٩) ديموج جـ ٣ نبذة ٢٢٦ ص ٣٧٠ حيث يقول :

Il faut an contraire remarquer que la limité des droits n'est pas chose simple. Elle apparaît tantôt objective, tantôt subjective.

Lorsque la limite des droits est fixée d'après des considérations objectives, elle l'est de façons bien diverses. Tantôt le droit n'a pas la même étendue suivant les circonstances où il s'exerce, tantôt son étendue varie suivant les personnes auxquelles on l'oppose. Tantôt certaines le font disparaître.

Ailleurs des considérations subjectives interviennent : une personne a un droit plus étendu parce qu'elle l'exrce dans un certain but d'intérêt social ou elle a un droit, une liberté protégée contre des influences d'un certain genre seulement. Enfin les moeurs exercent une influence pour déterminer la limite des droits. C'est ainsi que pour savoir si une personne peut exposer une autre à un certain risque, il faut tenir compte de sa gravité, de la valeur des objets en présence, de l'utilité et de la nécessité du risque---- Le droit en face des circonstances diverses peut être plus ou moins étendu.. Il présente pour ainsi dire une certaine élasticité».

ويشتبك معه أو يصطدم به (٣٠) .

وكذلك قال جوسران فيما يتعلق بالعنصر المادى للخطأ انه يفترض أمرا فى جانب المصاب وآخر فى جانب الفاعل (٣١) ، فهو من ناحية المصاب يقتضى المساس بحق له ، مع التوسع فى فهم معنى الحق بحيث لا يقتصر على الحقوق المعينة المحددة فحسب بل يشمل أعم الحقوق التى هى فى الواقع أقلها تحديدا ولكنها أكثرها أهمية وخطورة كالحق فى الحياة وفى الحرية وفى سلامة الجسم والاعتبار والشرف . ومن ناحية الفاعل يقتضى أن لا يكون له فى نشاطه الذى مس به حق الغير حق أقوى من حق الغير . وعلى ذلك فهو قد عرف الخطأ بأنه المساس بحق للغير دون امكان الاستناد فى ذلك الى حق أقوى منه أو معادل له على الأقل (٣٢) .

ويخلص جوسران من ذلك الى أن فكرة الخطأ نسبية تختلف بحسب الظروف ، وان تقدير الخطأ يتوقف فى كل حالة معينة على طبيعة الحقوق التى يقع التصادم بينها اذ أن الحق الأقوى يعطل الأضعف ، أى أن الأول يخول صاحبه المساس بالثانى دون أن يعتبر ذلك خطأ .

ويمكن القول أن كلا من ديموج وجوسران عندما نظرا الى تعارض

---

(٣٠) المرجع السابق جـ ٣ نبذة ٢٣٧ ص ٣٩١ حيث يقول :

«Il serait en effet absurde d'admettre qu'il y a un droit opposable à un autre droit. Le Droit objectif ne peut reconnaître simultanément des droits inconciliables».

(٣١) جوسران جـ ٢ نبذة ٤٢٣ وما بعدها .

(٣٢) جوسران جـ ٢ نبذة ٤٢٦ حيث يقول :

Commettre une faute délictuelle, c'est léser un droit sans pouvoir se réclamer d'un droit supérieur ou au moins équivalent».

حقـــوق الشخص وتصادمها مع حقوق الآخــرين كان فى ذهنهمـــا مثل لارومبيير تعارض حقوق الشخص مع واجباته المقابلة لحقوق الآخرين ، ولكن لأنهما سعيا الى تحديد الخطأ دفعـــة واحدة ولم يميزا بين أمرين لازمين لتحديد الخطأ وهما أولا : وجـــود واجب قانونى معين الحـــدود وثانيا : الاخلال بهذا الواجب ، لم يعيرا أى التفات الى الواجب القانونى المقابل لحق معين للغير والذى يجتمع فى ذمة شخص معين مع حقوق هذا الشخص المتعارضة معه ، فاعتقدا أن التعارض يقع مباشرة بين حقـــوق الشخص وحقوق الآخرين وحاولا أن يضعا معيارا للخطأ بالنظر الى هذا التعارض ، فجاء معيارهما مبهما لا يتسم بالتحديد الذى يسهل تطبيقه ، فضلا عن أنه أبعدهما عن مسألة تعيين الواجبـــات القانونية التى يعـــد الاخلال بها خطأ .

وبالتأمل فى أقوال هؤلاء الشراح فى ضوء النظرية التقليدية للخطأ كما تبلورت فى تعريف بلانيول الخطأ بأنه اخـــلال بواجب قانونى يمكن أن نخلص منها الى القول بأن القانون يفرض فى مقابل كل حق يعترف به لشخص معين واجبا على الناس كافة ماعدا صاحب هذا الحق يفرض عليهم احترام هذا الحق وعدم الاعتداء عليه ، وهذا الواجب هو واجب قانونى تنشئه نفس القاعدة التى تنشىء الحق المعين لصاحبه ، وان لم تنص عليه صراحة ، اذ تعتبر متضـــمنه اياه دلالة بطريق التلازم ، لأنه لا فائدة من تقرير الحق لصاحبه اذا لم يقترن ذلك بنهى سائر النـــاس عن التعرض له فى استعمال هذا الحق وعن مزاحمته فيه أو الاعتـــداء عليه .

وهذا الواجب وان كان الى حد ما عاما فيما يتعلق بشخص المكلف به ، اذ أنه يقع على عاتق كل شخص ماعدا صاحب الحق ، فهو من حيث محله خاص ومحدد ، لأنه يلزم كل مكلف به بالامتناع عن أعمال معينـــة مما يتعارض مع حق محدد ومقرر لشخص معين .

فلا شبهة اذن فى أن كل حق مقرر لشخص معين يقابله واجب قانونى معين يلزم سائر الناس بأن يمتنعوا عن كل ما يعتبر مساسا بهذا الحق • ومصدر هذا الواجب هو نفس القاعدة القانونية التى أنشأت الحق الذى حصل المساس به ، فهو واجب قانونى يعتبر المساس به خطأ موجبا المسئولية والتعويض •

وبهذا تحل أولى المسألتين اللتين نتصدى لهما فى هذه المحاضرة وهى مسألة ايجاد سند قانونى لمجموعة هائلة من الواجبات القانونية التى لم ترد بانشائها صراحة نصوص خاصة •

يبقى بعد ذلك أن هذه الواجبات القانونية المقابلة لحقوق الآخرين ليست واجبات مطلقة لأنها لا تشغل وحدها ذمة المكلفين بها ، وانما تجتمع فى ذمة كل منهم مع حقوقه المماثلة لحقوق الآخرين • فكما أن كل شخص مكلف باحترام حق غيره فى الحياة ، فانه له هو أيضا الحق فى الحياة • فيجتمع فى ذمته حقه فى الحياة بكل ما يخوله ذلك من سلطات للمحافظة على حياته ، مع واجباته التى تفرض عليه احترام حياة الآخرين • وقد تطرأ عليه ظروف يصطدم فيها حقه فى الحياة بواجبه الذى يفرض عليه احترام حياة شخص آخر كما اذا أوشك على الغرق وكان انقاذ نفسه يقتضيه انتزاع لوحة يتعلق بها شخص آخر مشرف أيضا على الغرق ، فماذا يكون أثر هذا التصادم بين الحق والواجب المتعارضين على كل منهما ؟ أيبقى الواجب قائما كما لو كان واجبا مطلقا لا يتأثر بمختلف الظروف التى تطرأ عليه ويعتبر هذا الشخص مخلا به اذا هو انتزع اللوحة من الغريق الآخر لينجى نفسه ؟ أم يتأثر هذا الواجب فينكمش أو يمحى بسبب هذه الظروف بحيث يصبح انتزاع اللوحة من الغريق الآخر ولو أدى ذلك الى موته لا اخلال فيه بواجب قانونى وبالتالى لا خطأ فيه ولا التزام بتعويض ؟

وهذا ينقلنا الى المسألة الثانية التى نتصدى لها وهى مسألة تعيين مدى الواجبات القانونية •

(ثانيا) : تعيين مدى الواجبات القانونية والحاجة فى ذلك الى معيار وضبط هذا المعيار :

تقدم أن الواجبات القانونية الناشئة صراحة من نصوص معينة يكون مضمونها ومداها فى الغالب محددا تحديدا كميا بهذه النصوص . ولكن هذا التحديد تكون روعيت فيها ظروف معينة هى الظروف العادية ، فاذا تغيرت هذه الظروف تعين وجود وسيلة مرنة لاعادة النظر فى هذا التحديد الكمى دون حاجة الى الرجوع فى ذلك الى المشرع نفسه (٣٣) .

وفى الحالات التى لا تتضمن فيها النصوص تحديدا كميا للالتزامات التى تنشئها ، فانها تحيل ان صراحة وان ضمنا على معيار مرن يتم هذا التحديد الكمى وفقا له فى كل حالة على حدة .. كمعيار مسلك الرجل العادى .

أما الواجبات القانونية التى لا ينص عليها القانون صراحة ، وانما تستنبط من نصوصه بطريق الدلالة والتلازم وهى الواجبات العامة التى تقابل كل حق مقرر لشخص معين والتى تفرض على سائر الناس ماعدا صاحب هذا الحق احترام حقه والامتناع عن مزاحمته فى استعماله وعن الاعتداء عليه ، فقد لاحظنا فى شأنها انها تجتمع فى ذمة الشخص مع حقوقه المماثلة لحقوق الآخرين أو المتزاحمة معها والتى تخوله نشاطا قد يتعارض مع تلك الواجبات الواقعة على عاتقه فى مقابل حقوق الآخرين ، فيتعين الفصل فى هذا التعارض تارة بتغليب حق الشخص على واجباته المقابلة لحقوق الآخرين ، وتارة أخرى بتقديس هذه

---

(٣٣) فى هذا المعنى نقض مصرى جنائى اول مارس ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ — ٥٢ — ٢٨ .

الواجبات ولو حدت من حقوق الشخص نفسه ، بحسب الأهمية التى تكون لكل من الحقين المتقابلين فى كل حالة على حدة ، أى أنه لا يمكن وضع قواعد أو جداول عامة مطلقة تذكر فيها مسبقا الأحوال التى يجب فيها تقديم حق الشخص على واجباته والأحوال التى يجب فيها عكس ذلك . وانما ينظر فى كل حالة على حدة ، فحيث يكون حق الشخص الذى يصطدم مع واجبه القاضى باحترام حق آخر للغير أقوى أو أهم من هذا الحق الآخر ، فان ضرورة مباشرة الحق الأقوى تعفى صاحبه من واجب احترامه الحق الأضعف . وبالعكس من ذلك فان واجب احترام الحق الأقوى من شأنه أن يحد من نشاط صاحب الحق الأضعف أو الأقل أهمية .

ولكن كيف يمكن تقرير الأهمية النسبية لكل حق من الحقوق المتصادمة فى كل حالة على حدة ومن يملك هذا التقدير ؟

اذا ترك تقدير هذه الأهمية النسبية للحقوق المتصادمة وتقدير أثرها على الواجبات المقابلة لحقوق الآخرين للافراد أنفسهم كل منهم بحسب ميوله واستعداده وما انطوت عليه نفسه من أثرة تجعله يبالغ فى أهمية حقوقه وفى الحد من واجباته تركا مطلقا دون مقياس أو رقابة ، كان مؤدى ذلك أن تصبح الغلبة للأقوى الذى يستطيع أن يذهب فى حقوقه الى أقصاها وأن ينقص من واجباته الى الحد الأدنى ، وصارت الحياة فى المجتمع فوضى لأن كل فرد فيه سيحاول الفوز بأكثر ما يمكن من الحقوق وسيصطدم فى ذاك بمحاولات غيره المماثلة ، ولا يكون ثمة ضابط يفصل بينهما ويرسم حدود كل منهما ، وعد ذلك تقاعسا من القانون عن أداء وظيفته الأصلية .

لذلك كان لا مناص من ايجاد معيار مادى ثابت يرجع اليه فى كل حالة لتعيين مدى حقوق الأشخاص المتشابكة .

وقد اتخذ كولان وكابيتان لذلك معيار مسلك الرجل المتبصر المتيقظ

l'homme prudent et diligent في مثل الظروف التى ارتكب فيها المدعى عليه فعله الضار ، وكذلك اتخذ الأستاذان هنرى وليون مازو معيار مسلك الرجل المتبصر الرشيد l'homme prudent, avisé وصرحا فى ذلك بأن المقصود بهذا المعيار ليس مسلك الرجل المتوسط البصر واليقظة بل مسلك الرجل اليقظ الرشيد

Le type de comparaison, ce n'est pas l'homme moyennement prudent ou moyennement avisé, c'est l'homme prudent avisé.

أى أن هؤلاء الشراح جميعا قد اعتمدوا معيارا عاليا لتعيين مدى التزامات كل منا ، فلم يكتفوا بمعيار الرجل المتوسط الحرص والعناية ، بل اتخذوا معيارا أشد هو معيار الرجل المتبصر المعتنى بشئونه ، الأمر الذى يؤدى الى مطالبة كل شخص فى كل حالة على حدة ، لا بعناية الشخص المتوسط فى هذه الحالة فحسب بل بعناية أشد من ذلك ، هى عناية الرجل المتبصر .

واذا كان من شأن هذا المعيار العالى الذى اعتمدوه أن يزيد من مدى الواجبات القانونية وبالتالى أن يوسع من دائرة الخطأ وأن يسهل للمضرورين اثباته تمشيا مع الاتجاه العام فى المسئولية نحو مساعدة المضرورين ، فان من الواضح أن فيه غبنا كبيرا على أوساط الناس تبصرا أو يقظة لأنه يحملهم بأكثر مما يطيقون ، ولأن الأحكام يجب أن تبنى على الغالب وهو مقدرة أوساط الناس ، ولأنه لا يصح أن يطالب الناس جميعا بأكثر مما تستطيعه أغلبيتهم وهم أوساط الناس ، ولأن القانون جرى على ذلك فى كل مرة أحال فيها صراحة الى معيار مادى كما هو الشأن فى المادة ١١٣٧ مدنى فرنسى التى نصت على معيار عناية رب الأسرة العاقل ؛ ومن المسلم أن المقصود بذلك رب الأسرة المتوسط العناية ، وكذلك فى المادة ١٧٢٨ مدنى فرنسى فى شأن التزامات المستأجر ، لذلك كله كان من المتعين الالتفات عن هذه الدرجة العالية للمعيار الموضوعى المشار اليه والوقوف عند حد درجة متوسطة فيه هى مسلك الرجل العادى . وهذا هو ما اتبعه المشرع المصرى صراحة فى التقنين المدنى

الحالى حيث نص على هذا المعيار فى المــواد ١٩٢ و ٢١١ ، ٥٨٣ / ١ : ٦٤١ / ١ ، ٧٠٤ ، ٧٢٠ الخ .

وكذلك فعلت أكثر التقنينات العربية الحديثة .

ويقول الأستاذ السنهورى فى ذلك أن هــذا الشخص المجرد هو الشخص العادى الذى يمثل جمهور الناس ، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع الى الذروة ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل الى الحضيض وهو الشخص الذى اتخذناه من قبل مقياسا للخطأ العقــدى فى الالتزام ببذل عناية ، حيث يطلب من المدين فى الأصل أن يبذل عناية الرجل العادى وهو شخص عرفه القــانون الرومانى ، وســماه برب الأسرة العاقل bon père de famille ؛ ننظر الى المألوف من سلوك هذا الشخص العادى ، ونقيس عليــه سلوك الشخص الــذى ينسب اليــه التعدى (٣٤) .

واذن فالمعيار المادى الذى لا ســبيل الى تعيين مدى الواجبــات القانونية الا بمقتضاه هو مسلك الرجل العادى أى الرجل المتوســط فى جميع الصفات التى لا تظهــر الا بالبحث الشــخصى الــذاتى كالتبصر والذكاء والعناية والنزاهة ... الخ . فينظر الى مسلك الرجل العادى اذا ما اصطدم حق له مماثل لحق من تسبب فى احــداث ضرر لغيره مع واجبه المقابل لحق المضرور الذى حصل المساس به من حيث تغليبه حقه على واجبه المذكور أو العكس ، ويتعين وفقا لهذا المسلك مدى واجبــات المتسبب فى الضرر الذى كان يلزمه مراعاتها فى الحالة المعينة التى وقع منه فيها الفعل الضار .

ففى حوادث السيارات مثــلا يرتكب السائق فى استعمال حقه فى قيادة السيارة مساسا بحق المصاب فى سلامة نفسه ، فاذا أردنا البحث

---

(٣٤) السنهورى فى الوسيط جـ ١ ط ٢ ص ٨٨٤ .

فى خطأ السائق أو عدمه ، اقتضانا ذلك أولا تعيين مدى واجب هذا السائق فى احترام سلامة الغير عند مباشرة حقه فى قيادة السيارة فى حدود اللوائح والقوانين • ولابد فى ذلك من التوفيق بين استعمال حقه وبين واجبه فى احترام سلامة الغير ، بقصر واجبه على اتخاذ درجة معينة من الاحتياط فى استعمال حقه • وهذه الدرجة المعينة من الاحتياط هى التى يرجع فى تحديدها الى مسلك الرجل العادى ويكون تعيين الواجب ومداه وفقا لهذا المعيار متروكا لتقدير الشخص نفسه وضميره ، على أن يخضع فى هذا التقدير لرقابة القاضى • فاذا تعارض مثلا حق مصلحة السكك الحديدية فى تسيير قطاراتها وعبورها الطرق العامة والممرات مع واجبها المقابل لحق المارة ومستعملى وسائل النقل الأخرى التى تمر بهذه الطرق فى سلامتهم عند اجتيازهم مجازات السكك الحديدية ، فيترك لهذه المصلحة أن تعين هى ما يجب عليها حراسته من مجازاتها وطريقة هذه الحراسة ومداها ، أيلزم فيها استعمال البوابات والحواجز أم يكفى اقامة حراس بجوانبها • وفى هذه الحالة الأخيرة أتجب الحراسة ليلا ونهارا أم يكتفى بالحراسة نهارا ؟ فاذا وقع حادث بسبب عدم حراسة مجاز معين ليلا وادعى المصاب أن المصلحة مقصرة فى ذلك ، كان للقاضى أن يبحث فى ضوء موقع هذا المجاز وجميع الظروف الأخرى ما اذا كان مثل هذا المجاز تجب حراسته ليلا أو لا تجب ، وتعين عليه أن يسترشد فى ذلك بما كان يفعله الرجل العادى فى مثل هذه الحالة (٣٥) •

غير أنه لأن مسلك الرجل العادى لا يتعين فقط بطبيعة الحقين المتعارضين اللذين يباشر هو أحدهما ؛ فيصطدم فى مباشرته اياه بواجبه المقابل لحق الطرف الآخر ، وانما يدخل فى تعيينه أيضا الكثير من الظروف

---

(٣٥) استئناف مختلط ٢ ابريل ١٩٣٦ غازيت المحاكم المختلطة ٢٧ — ٨ — ٥ ، وأيضا ٢٨ فبراير ١٩٣٥ غازيت المحاكم المختلطة ٢٧ — ٨ — ٤ ؛ وبوجه خاص الاسكندرية الابتدائية المختلطة ٢٧ — ٧ — ٣ وتعليقنا عليه فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة سنة ١٩٣٧ عدد نوفمبر ص ١٠٣٧ وما بعدها .

المتصلة بالشخص أو المحيطة به كظروف الزمان والمكان والسن والعلم والبيئة والعادات ، فينبغى عند تقصى الواجب فى حالة معينة بالنظر الى مسلك الشخص العادى أن ينظر اليه محوطا بمثل هـذه الظروف لأن مسلك الشخص العادى يختلف من ظرف الى آخر ، ولا يجوز مثلا مقارنة مسلك سائق سيارة فى طريق صحراوى خارج المدينة بمسلك سائق فى داخل المدينة فى طريق مزدحم بالمارة ، ولا مسلك السائق فى طريق جاف بمسلك سائق فى طريق زلق بماء المطر .

غير أننا اذا أقمنا وزنا فى تقصى مسلك الرجـل العـادى لجميع ظروف المدعى عليه حتى ما كان منها خاصا بشخصه لا يظهر الا بالبحث الذاتى ، كضعف أعصـابه واضـطراب نفسه ودرجة تمييزه ومقـدار ثقافته ، فان ذلك يؤدى فى الواقع الى الانصراف عن المعيـار المـادى واهدار المقارنة بمسلك الرجل العادى والى تقدير مسلك المدعى عليـه تقديرا ذاتيا يكون من أهم عيوبه أنه لا ضابط له ، فلابد اذن من وضع حد للظروف التى يقام لها وزن عند تقدير مسلك المدعى عليه بالمقـارنة بمسلك الرجل العادى .

وقد ذهب الأستاذان هنرى وليون مازو الى وجـوب التمييز بين الظروف الخارجية التى كانت تحيط مرتكب الفعل الضار عند ارتكابه اياه وبين ظروفه الداخلية والاقتصـار على الأولى دون الثانية عنـد تعيين مسلك الرجل العادى ، وعرفا المقصود بالأولى بأنه ما ليس خاصا بشخص مرتكب الفعل الضار أو ما ليس من خصائصه ومميزاته الطبيعية ، وبناء على ذلك اعتبرا ظروف الزمان والمكان من الظروف الخارجية التى يقام لها وزن فى تقصى مسلك الرجل العادى ، أما الحـالة النفسية والطباع والعادات ودرجة الحساسية فيعتبرانهـا من الظروف الداخليـة التى لا يجوز أن يقام لها وزن ، وكذلك فقد التمييز فقدا كليا أو جزئيا والسن والجنس والأمراض وأثر الوراثة فى الأشخاص وأثر الطبقة الاجتماعية التى ينتمى اليها الشخص .

ويلاحظ على هذه التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية انها — فوق عدم استنادها الى أى أساس من القانون أو من المنطق أو من العدالة — تؤدى أحيانا الى حلول يأباها الذوق والضمير ، فهى تؤدى مثلا الى مطالبة المجنون أو الصغير غير المميز بمثل عناية الرجل الكامل الرشيد ، وتسوى بين واجبات الطفل الصغير وواجبات الرجل الكبير ، وبين واجبات الرجل السليم وواجبات ذى العاهة ، وبين واجبات الأمى وواجبات المتعلم ، وبين واجبات الطبيب الريفى وواجبات الاخصـــائى الكبير ، فى حين أن الذوق والعدالة يقتضيان المغايرة فى واجبـــات هؤلاء جميعا .

ألستم ترون معى أنى اذا استقدمت اخصائيا كبيرا من لنـــدن أو باريس أو غيرهما لاجراء جراحة دقيقة لى يحق لى أن أنتظر منه كفاءة ممتازة وعناية فائقة تتفق مع ما أوحتـــه الى شهرته التى طبقت الآفاق والتى حملتنى على أن أدفع اليه أتعابا تفوق أضعاف ما يتقاضاه الجراح العادى اذا قام بمثل هذه الجراحة ؟ أيستساغ من مثل هذا الاخصائى الكبير أن يتذرع لدرء مسئوليته بأنه ليس ملزما بأكثر من عناية الطبيب العادى بمقولة أن علمه الواسع وخبرته الطويلة وتخصصه الفذ كل ذلك ليس الا ظروفا داخلية خاصة به لا ينبغى أن يقام لها وزن فى تعيين مدى التزامه ازائى ؟

وكذلك اذا لجأت الى طبيب عجوز انقطع منذ نصف قرن لممارسة مهنته فى قرية نائية بعيدا عن تطورات العلم الحديثـــة ، أيسوغ لى أن أحاسبه على أساس التزامه ببذل عناية الطبيب العادى فى العصر الحالى ، وأن أسائله لعدم تطبيقه مبتكرات العلم الحديث بالرغم من ثبوت عـــدم وصولها الى علمه فى عزلته التى يعيش فيها ؟

ان هذه التفرقة لو كانت منصوصا عليها قانونا ، لكان ما تؤدى اليه من مثل هذه النتائج غير المقبولة كفيلا بحمل المحـــاكم على التحايل على

النصوص تفاديا لهذه النتائج • أما وانها لا نص عليها من قريب أو من بعيد ، وليست نتيجة حتمية لأى مبدأ من المبادىء القانونية المسلمة ، بل انها وليدة الاختيار الحر أو بعبارة أخرى انها تفرقة تحكمية فحسب ، فان نتائجها المذكورة كفيلة بالحكم عليها ، أو تتطلب على الأقل تحويرها أو تعديلها أو تكملتها بما يجنبها الوصول الى هذه النتائج غير المقبولة •

وقد نبه سافاتييه الى عيب هذه التفرقة وقال بوجوب السماح باضافة بعض الظروف الشخصية الى المعيار الموضوعى الذى يقاس به الخطأ حتى تمكن المغايرة فى واجبات الأشخاص باختلاف الظروف المذكورة (٣٦) • ولكنه لم يحاول وضع ضابط تعين به الظروف التى يقام لها وزن فى تقدير الواجبات الشخصية والظروف التى لا يكون لها اعتبار فى ذلك •

وفى القانون المصرى قضت محكمة الاستئناف فى ٢ يناير ١٩٣٦ بأنه « بالنسبة الى الأطباء الاخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة فى تقدير أخطائهم لأن واجبهم الدقة فى التشخيص والاعتناء وعدم الاهمال

---

(٣٦) وفى هذا يقول سافاتييه (فى المسئولية المدنية جـ ١ ص ٢٧٨ نبذة ١٦٦ و ١٦٧) :

Le standard de l'homme avisé et prudent n'est qu'une base générale. Il se rectifie par les éléments physiques et intellectuels susceptibles d'accroitre ou diminuor, en la personne de l'agent, le pouvoir de prévoir et d'éviter l'acte illicite. La faute d'un spécialiste, celle d'un homme cultivé, ne s'apprécieront pas comme celles d'un profane, ou d'un ignorant ; celle d'un enfant, d'un infirme ou d'un malade, de la même manière que celle d'un homme adulte et bien portant. Mais la preuve de ces correctifs personnels incombe a celui qui les invoque.

فى المعالجة » (٣٧) ، فدلت بذلك على أنها قصدت تعيين واجبات الطبيب الاخصائى لا بالمقارنة بمسلك طبيب آخر عادى بل بالمقارنة بمسلك طبيب اخصائى مثله ، وقد علقت على هذا الحكم فى حينه مبرزا قصد المحكمة اعتبار الخبرة والتخصص من الظروف التى يقام لها وزن فى تعيين مدى واجبات الطبيب الاخصائى ، مبينا ضرورة التوسع فى فهم المقصود بالظروف الخارجية التى يقام لها وزن فى معيار الخطأ بحيث تشمل جميع الظروف الظاهرة للملأ بحيث يعرفها الناس دون حاجة الى معاملة الفاعل وفحص نيته (٣٨) .

وقد حدا ذلك الأستاذ الدكتور وديع فرج الى أن يقول فى بحثه المنشور فى سنة ١٩٤٢ فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية أن هناك عوامل شخصية لها صلة وثيقة بمهنة الطبيب وبمركزه فى تلك المهنة وبكفايته فى عمله ، كالتخصص فى فرع من الفروع ، والوجود على رأس مستشفى من المستشفيات ، والتدريس فى جامعة من الجامعات ، والوجود

---

(٣٧) استئناف مصر ٢ ينساير ١٩٣٦ المحاماة ١٦ — ٧١٣ — ٣٣٤ وتعليقنا عليه فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة (١٩٣٧) ص ٦٤٥ و ٦٤٦ .

(٣٨) وقرب من ذلك أيضا مصر ٢ يناير ١٩٢٧ المجموعة س ٢٩ ص ٢٠ رقم ١١ وقد جاء فيه أن الطبيب المولد يسأل عن استعماله العنف فى جذب الجنين رغم كبر حجم راسه وضيق الحوض استنادا الى ما قرره الدكتور نجيب محفوظ من أنه يستبعد على طبيب متمرن مختص بالولادة جذب الرأس حتى يفصل عن العنق ، وان كان من الجائز أن يحصل ذلك من طبيب يعالج كل الامراض .

وايضا جنح الازبكية ٢٦ يونيه ١٩٦٩ فى الجنحة رقم ١٠٥٤ / ١٩٦٧ وقد جاء فيه أن اتباع الطبيب فى العلاج خلاف المألوف يعتبر اساءة تقدير وعدم اتباع لمبادىء الاحتياط مما يكون ركن الخطأ فى حق الطبيب المتهم ، وبالاخص وانه أخصائى فى مهنته يطالب ببذل عناية أكبر من العناية التى يطالب بها الاطباء العموميون . فالمريض لا يلجأ الى الاخصائى عادة الا بناء على نصيحة الطبيب المعالج الذى يقرر أن حالة المريض تستدعى عناية من شخص له دراية خاصة ، فالاخصائى يجب أن يكون على المام تام بأصول فنه ويجب أن يتوحى غاية الحذر فى أمور علاجه .

فى قرية بعيدا عن العلم والعلماء ، وما الى هـذا من الاعتبـارات التى يراعيها نفس المريض عنـد اختيار الطبيب والتى يمكن أن نطلق عليهـا الاعتبارات التى ترجع الى المستوى المهنى للطبيب • فلو أضيف هـذا العنصرالى عناصر قاعدة التقدير المجرد بحيث يراعى عنـد المقـارنة الظروف الخارجية والمستوى المهنى للمسئول ؛ فيقارن الطبيب الريفى بطبيب ريفى مثله ، والمتخصص فى المدينة بمتخصص فى المدينة مثله ، لأصبحت تلك القاعدة صالحة فى عرفنا كأساس لمعيار الخطأ الطبى (٣٩)•

وبمثل هذا أيضا يقول الأستاذ عبـد السلام التونجى فى كتـاب المسئولية المدنية للطبيب دمشق سنة ١٩٦٦ ص ٢٦٦ نبذة ١٤٢ •

ولنا أن نتساءل على أى أساس يجوز القول باضافة المستوى المهنى للطبيب الى الظروف الخارجية التى يقام لها وزن فى تعيين مدى التزاماته، مع أن المستوى المهنى ليس الا درجة علم الطبيب وخبرته وهى بلا شك ظرف داخلى ؟ ولمـاذا يقصر ذلك على المسـتوى المهنى للطبيب ولا يعمم بالنسبة الى المستوى المهنى لأرباب المهن الأخرى ؟ ولماذا يتميز المستوى المهنى بهذه المزية ولا يشاركه فيها غيره من الظروف الداخلية الأخرى كظرف السن وظرف الجنس وظرف الحالة الاجتماعية ؟

لذلك رأى الأستاذ السنهورى ضرورة اضافة هذه الظروف الثلاثة الأخيرة فى بعض الأحوال الى الظروف الخارجية التى يقام لها وزن فى تقصى مدى التزام مرتكب الفعل الضار من طريق معيار مسلك الرجـل العادى ، فقال ما نصه :

« ان الشخص العادى ، الذى نجعل سلوكه المألوف مقياسا للخطأ ، يجب أن يتجرد من الظروف الداخلية الذاتية الملابسة لشخص المتعدى دون أن يتجرد من الظروف الخارجية العامة التى تحيط بالتعدى ، وأهم

---

(٣٩) مجلة القانون والاقتصاد س ١٢ ص ٣٩٩ وما بعدها •

الظروف الخارجية العامة التى لا يجوز التجرد منها هى ظروف الزمان وظروف المكان .

« وقبل أن نترك هذا الموضوع ، نعود الى ظروف ثلاثة سبق أن اعتبرناها ظروفا داخلية شخصية يجب التجرد منها ، وهى ظرف السن وظرف الجنس وظرف الحالة الاجتماعية . فقد أسلفنا أن سائق السيارة ، حتى لو كان صبيا أو امرأة أو ريفيا ، يجب أن يقاس سلوكه بسلوك الرجل العادى المجرد من هذه الظروف الثلاثة . واذا صح هذا النظر فى شأن قيادة السيارة ، حيث لا يختص بهذا العمل الصبيان أو النساء أو الريفيون دون غيرهم ، فانه لا يصح فى شأن الأعمال التى تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف . فان الصبى الصغير اذا لعب مع رفقائه لا ينبغى أن يقاس سلوكه بسلوك الشخص الناضج فى السن . كذلك المرأة اذا باشرت عملا تباشره النساء عادة ، كالتعليم والتوليد والتمريض ، لا يقاس سلوكها فيه بسلوك الرجل . والريفى الساذج ، وهو يعيش فى قريته النائية عيشته المألوفة ، لا يقاس سلوكه بسلوك المتحضر المثقف . ذلك أن الصبى الصغير فيما يقوم به من أعمال الصبيان ، والمرأة فيما تباشره من أعمال النساء ، والريفى فيما يسكن اليه من حياة قروية ، ينبغى أن يعتبر كل منهم منتميا الى طبقة قائمة بذاتها ، فيجرد من كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث شخص عادى يكون سلوكه المألوف هو القياس الذى يقاس به سلوك الأفراد التى تنتمى الى هذه الطبقة . فالمقياس المجرد للصبيان ، فيما هو من أعمال الصبيان ، صبى مثلهم ، يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بصبى بالذات . والمقياس المجرد للنساء ، فيما تباشر النساء عادة من أعمال ، امرأة منهن ومن وسيطاتهن تتجرد من الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بامرأة بالذات . والمقياس المجرد لأهل القرى ، فيما يدخل فى حياتهم الريفية ، قروى منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بقروى بالذات . أما قيادة السيارة فلا تدخل فى أعمال الصبيان ولا هى من الأعمال التى تباشرها

النساء عادة ، وليست محصورة فى أهل القرى • لذلك كانت ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة اليها ظروفا داخليـــة شخصة لا ظروفا خارجية عامة • ومن ثم يتبين أن الظرف الواحد قد يكون ظـــرفا داخليا شخصيا بالنسبة الى شىء معين ، ثم ينقلب الى ظرف خـــارجى عام بالنسبة الى شىء آخر • وفى هذه النسبية التى نقول بها ما يجعـــل المقياس المجرد أوفر مرونة وأكثر مطاوعة لمقتضيات الظروف (٤٠) •

ولنا أن نتساءل عما فى هذه الظروف الثلاثة الشخصية الداخلية التى رأى الأستاذ السنهورى امكان رفعها الى مرتبة الظروف الخارجية التى يقام لها وزن فى تقصى مسلك الرجل العادى ممـــا يرشحها لهذه المنـــزلة السامية ؟ ولماذا تنفرد هـــذه الظروف الثـــلاثة دون غيرها من الظروف الداخلية بهذه المزية ؟ أو ليس العلم والتخصص والمستوى المهنى أولى منها بذلك أو على الأقل مساوية لها فيه ؟

ألا يمكن أن يعتبر مجموع الأفراد الذين يشتركون فى أى ظرف من الظروف الداخلية الشخصية كضعف الأعصاب وسرعة الانفعال ورقة الاحساس مكونين طبقة قائمة بذاتها وأن نجرد من هذه الطبقة شخصا عاديا يكون سلوكه المألوف هو المقياس الذى يقـــاس به سلوك جميـــع الأفراد الذين ينتمون الى هذه الطبقة ؟ وان قلنـــا بذلك ألا يكون مؤداه العود الى الأخذ بالمقيـــاس الشخصى الذاتى الـــذى يقتضى الغوص فى أعماق النفس الانسانية مع ما يكتنف ذلك من صعوبات تجعله فى حـــكم المستحيل ؟

لذلك كله نرى اعادة النظر فى التفـــرقة المشار اليهـــا بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية ، لنتساءل ماذا فى الأولى مما يرشحها لأن يقام لها وزن فى تقصى مسلك الرجل العادى وماذا فى الثانية يجعلها غير جديرة بذلك • وبامعان النظر يتضح أنه ليس فى أى من نوعى الظروف

---

(٤٠) السنهورى فى الوسيط جـ ١ ط ٢ نبذة ٥٢٩ ص ٨٨٨ و ٨٨٩ •

المذكورة ما يرشحه للدور الذى تقرره له هذه التفرقة ، أى أنه ليس فى كون الظرف خارجيا ما يوجب اقامة وزن له فى تقصى مسلك الرجل العادى وفى كون الظرف داخليا ما يبرر اهداره ، وقد رأينا أن العمل كشف عن أن بعض الظروف الداخلية لا يصح اهدارها وينبغى اقامة وزن لهـــا فى تعيين مدى التزام الفاعل •

ولا عجب فى أن يكشف العمل عدم صلاحية هــذه التفرقة لتحقيق الغرض الذى وضعت من أجله ، لأنه طالمـــا أن الغرض هـــو تعيين مدى الالتزام ، وان الالتزام علاقة بين طرفين ، فلا يصح أن يقتصر النظــر فى تعيين مداه الى الظروف المحيطة به من ناحية المدين به فحسب ، بل يجب أن ينظر اليها أيضا من زاوية الدائن به وأثرها فى نظــره ، أى أن الظرف الذى يصح اعتباره مؤثرا فى تعيين مدى الالتزام يجب أن يكون معلوما لطرفيه وداخلا أثره فى تقديرهما سواء كان هو ظرفا خارجيا أو داخليا ، لأن علم الطرفين به ودخوله فى تقديرهما هو الذى يرشحه لأن يقام له وزن فى تعيين مدى الالتزام ، لا كونه خارجيا أو داخليا •

لذلك نرى تعديل التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية تعديلا يجعل النظر الى ظروف مرتكب الفعل الضار لا من ناحية الأخير وحده وكونها خارجة عنه أو باطنة ، بل من ناحية المضرور أيضا ومدى امكان احاطته بها وتوقعه تأثيرها فى مسلك الفاعل ، فننظر فى تعيين مدى واجبات الفاعل الى مسلك الرجل العادى فى مثل ظروفه التى تكون منظورة للمضرور بحيث تجعله يتوقع من الفاعل مسلكا معينا •

فاذا كان الفاعل قد انحرف عن هذا المسلك ، كان انحرافه هــذا اخلالا بالثقة المشروعة للغير واخلالا بالواجب عليه ، وعد بالتالى خطأ موجبا مسئوليته •

فالولد فى العاشرة من عمره مثلا لا يبعث فى نفس الغير ثقة الا فى أنه سيسلك مسلك من يكون فى مثل سنه لأن هذه السن ظرف ظاهر للكل ،

فيجب أن يقام لها وزن فى تقصى مسلك الرجل العادى ، ولا يجوز تحديد واجبات ذلك الولد بالرجوع الى مسلك الرجل الكبير • وكذلك مساعد الطبيب (التمورجى) لا يبعث فى النفس الثقة التى يبعثها فيها الطبيب نفسه ، كما أن الطبيب العادى وبخاصة فى الريف أو المدن الصغيرة لا يبعث فى النفس الثقة التى يبعثها فيها الاخصائى المشهور ، وكذلك الشخص المصاب بعاهة ظاهرة لا يبعث فى النفس ثقة فى مسلكه مثل الثقة التى يبعثها فيها الرجل السليم •

ويجب أن يكون الأمر كذلك أيضا فى تقدير خطأ المضرور نفسه عندما ينسب اليه أنه هو المتسبب بخطئه فى حدوث الفعل الضار أو انه قد أسهم بخطئه فى حدوث ذلك الفعل • فيكون قياس مسلكه بمعيار مسلك الرجل العادى اذا وجد فى ظروف مماثلة لظروفه الظاهرة المنظورة للمدعى عليه (المنسوب له ارتكاب الفعل الضار) وقت حدوث الفعل الضار ، بقطع النظر عن كون هذه الظروف خارجية أو داخلية بالنسبة الى المضرور ، لأن هذا الأخير لا يصح اعتباره مخطئا الا بقدر ما فى مسلكه من اخلال بالثقة المشروعة الواجبة لمن وقع منه الضرر • فاذا كان المضرور المنسوب اليه أنه أسهم بخطئه فى وقوع الفعل الضار قد سلك بالفعل مسلكا شاذا ، ولكن ثبت أن مسلكه هذا ، راجع الى فقده التمييز ، فان فقده التمييز لا يكفى بذاته لاهدار دفاع المدعى عليه ، بل يجب أن ينظر ما اذا كان فقد المضرور التمييز ظاهرا بحيث كان الفاعل يعلمه أو فى وسعه أن يعلمه ، كما لو كان المضرور طفلا صغيرا أو مجنونا ظاهرا جنونه من حركات تلفت النظر ، فحينئذ يعتبر الفاعل أنه كان واجبا عليه أن يتوقع من ذلك الطفل أو المجنون مسلكا شاذا ، وأن يرتب مسلكه الشخصى تبعا لذلك • فان لم يفعل فقد قصر فى واجبه وكان ذلك المسلك الشاذ من جانب المضرور لا يمكن اعتباره اخلالا بثقة الفاعل المشروعة وبالتالى لا يمكن اعتباره خطأ فى جانب المضرور ولا سببا أجنبيا بالنسبة الى الفاعل تدفع به مسئوليته •

أما اذا كان الطفل المضرور قد جاوز سن التمييز أو كان جنون

المعتوه غير ظاهر ، فقد حق للفاعل أن ينتظر منهما مسلكا عاديا • ويقدر هذا المسلك العادى فيما يتعلق بالصغير المضرور بالنسبة الى مسلك صغير عادى فى مثل سنه ، وفيما يتعلق بالمعتوه بالنسبة الى مسلك الرجل العادى (٤١) •

لذلك يتعين عند تحديد مدى واجبات الشخص فى دعوى المسئولية المدنية ــ تمهيدا لمعرفة ما اذا كان مخطئا فى مسلكه أو غير مخطىء ــ أن نتمثل الرجل العادى فى مثل ظروفه الظاهرة التى يكون من شأنها أن تبعث لدى الغير الثقة فى أنه سيسلك مسلكا معينا ، ولا يكفى أن نتمثله فى مثل ظروفه الخارجية التى يقول بها الأستاذان مازو •

وفى اعتقادى أن هذا التحوير الذى اقترحه فى التفرقة التى ابتدعها الأستاذان الكبيران ان كان يبدو فى الظاهر طفيفا ــ حتى يبدو لغير الفاحص المتأمل مجرد تحوير لفظى ــ ينطوى فى الواقع على علاج جذرى لجميع عيوب هذه التفرقة ، وهو أوفى كثيرا من العلاجات الموضعية التى أشرنا اليها ، وفى مقدمتها ما اقترحه الأستاذ الدكتور وديع فرج وما اقترحه الأستاذ الدكتور السنهورى •

وقد أخذت المحكمة الادارية العليا فى مصر فى حكم لها بتاريخ ٢ مارس ١٩٥٧ بمعيار الظروف الظاهرة الذى نادينا به منذ سنة ١٩٣٧ (٤١ مكرر) حيث قررت أن المعيار فى تقدير خطأ الطبيب وتعيين مدى واجباته يكون اما بمقارنة مسلك طبيب عادى اذا وجد فى مثل ظروفه الظاهرة ، أو بمقارنة مسلك طبيب اخصائى مثله اذا وجد فى مثل هذه

---

(٤١) أنظر أحكام المحاكم فى هذا المعنى فى رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٢٩٦ وما بعدها .

(٤١ مكرر) أنظر تعليقا لنا على حكم استئناف مصر ٢ يناير ١٩٣٦ فى مجلة القانون والاقتصاد س ٧ عدد أبريل ١٩٣٧ ص ٦٤٥ وما بعدها .

الظروف لأن الاخصائى محل ثقة خاصة لها وزنها عند تقدير الخطأ نظرا لتخصصه (٤٢) .

أما محكمة النقض ، فان كان الظاهر أنها لم تأخذ بعد بهذا النظر (٤٣) ، فيبدو أنها أصبحت تتشكك فى امكان التعويل على التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية ، حيث تحاشت فى حكم حديث لها بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٦٦ ذكر هذه التفرقة واكتفت بالاشارة الى وجوب اقامة وزن للظروف المحيطة بالفاعل ، اذ قررت أن مناط واجب الطبيب فى بذل العناية ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية فى الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التى اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها (٤٤) .

ولعل ما ساعدها على ذلك أنه لم يكن فى وقائع الدعوى المعروضة

---

(٤٢) مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا ٢ — ٥٩١ — ٦٦ ج

(٤٣) انظر مع ذلك نقض مدنى ٢٥ نوفمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد انقانونية للاستاذ محمود عمر ج ٥ ص ٦٦٠ رقم ٣٤٠ وقد جاء فيه أنه « اذا كان الحكم حين قضى بمسئولية الطاعنين عن التبليغ فى حق المطعون عليه بأنه اختزن كميات وفيرة من الاقمشة وأدوات الكهرباء قد استند فى ذلك الى ما حصله تحصيلا سائغا من وقائع الدعوى من أن ما قصده المبلغان انما هو التبليغ عن تهمة حبس هذه السلع عن التداول بقصد التأثير فى الاسعار وان هذه التهم غير صحيحة وان المبلغين كانا يعلمان بعدم صحتها ، وانه على فرض انتفاء هذا العلم ، فان التبليغ حصل عن رعونة وعدم تبصر ، اذ الواقعة المبلغ عنها كان فى مقدور الرجل العادى أن يتبين عدم صحتها ، فى حين ان احد المبلغين محام مسئول عن وزن أعماله وتقديرها قبل الاقدام عليها ، فانه بذلك يكون قد اثبت توافر ركن الخطأ الموجب للمسئولية » .

ويبين من هذه العبارة الاخيرة أن المحكمة اعتبرت أن ممارسة مهنة المحاماة وما تقتضيه فى المحامى من علم خاص بالقانون ظرف يقام له وزن فى تعيين مدى التزام المحامى بالتبصر والتروى قبل الاقدام على الابلاغ عن تهمة تستوجب محاكمة الغير وعقابه .

(٤٤) نقض مدنى ٢٢ مارس ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ — ٦٣٦ — ٨٨ .

عليها ظرف ثار الخلاف بشأنه على ما اذا كان يتعين اقامة وزن له فى تقصى مسلك الطبيب العادى أم لا ، ونعتقد أنها متى عرض عليها ظرف يدور حوله مثل هذا الخلاف ، فانها ستضطر الى معالجة الموضوع والى قول كلمتها فى شأن معيار التفرقة بين الظروف التى يقام لها وزن والظروف التى يصرف النظر عنها فى تقصى مسلك الرجل العادى ، ذلك المسلك الذى يحدد مدى التزام مرتكب الفعل الضار والذى يقاس به مسلكه .

ولا جدال فى أن ظروف الزمان والمكان هى من الظروف الظاهرة التى يقام لها وزن فى تقصى مسلك الرجل العادى . فالسائق الذى يقود سيارة فى مكان مزدحم يكون ملزما بما يراعيه الرجل العادى فى مثل هذا الظرف . والطبيب الذى يجرى جراحة فى العصر الحاضر يكون ملزما بما يتخذه الطبيب العادى من احتياطات فى الثلث الأخير من القرن العشرين .

وكذلك ظرف السن بالنسبة الى الصغار يعتبر من الظروف الظاهرة كما تقدم . وكذلك العلم والتخصص بالنسبة الى من يعرف عنهم ذلك ويشتهرون به ويقصدون لأجله ، وكذلك أيضا المهنة التى يمارسها الشخص والطبقة الاجتماعية التى ينتمى اليها ، والبيئة التى يعيش فيها عادة . فمسلك المهندس فى مباشرة عمله يقاس بمسلك المهندس المتوسط ، ومسلك القروى الريفى فى بلدته يقاس بمسلك القروى العادى لا بمسلك المتحضر المثقف .

ويلاحظ أن الظرف ذاته يعتبر ظاهرا ويقام له وزن فيما يتعلق ببعض نشاط الشخص دون البعض الآخر ، أى فى نشاطه فقط الذى يترتب عليه فيه أن يوحى الى الغير أنه سيسلك مسلكا معينا . فالسن يقام لها وزن فى مسلك الصغار فى لعبهم أو فى سيرهم فى الطريق العام ولا يقام لها وزن فى قيادة سيارة . والعلم والتخصص يقام لهما وزن فيما يباشره الاخصائى من أعمال مهنته دون غيرها . وكون الشخص قرويا

ريفيا لا يقام له وزن الا فيما يباشره من نشاط فى بيئته التى يعيش فيها • أما اذا ذهب الى المدينة ، فينتظر منه ما ينتظر من سكان المدن •

ومن ثم يبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفا غير ظاهر وغير منظور بالنسبة الى أمر معين ، ثم ينقلب الى ظرف ظاهر ومنظور بالنسبة الى أمر آخر ، وفى هذه النسبية — كما يقول الأستاذ السنهورى فى صدد أخذه بتقسيم الظروف الى خارجية وداخلية — ما يجعل المقياس المجرد أوفر مرونة وأكثر مطاوعة لمقتضيات الظروف (٤٥) •

والغالب أن يلجأ القاضى فى تعيين مدى واجبات فاعل الضرر عند نظره دعوى المسئولية المدنية الى اعتبار نفسه الرجل العادى الذى يقاس بمسلكه مسلك الفاعل ، فيتصور نفسه موجودا فى مثل ظروف الفاعل التى يجب أن يقام لها وزن فى تقصى مسلك الرجل العادى ويتساءل كيف كان يسلك فى هذه الظروف ، ويحاسب الفاعل على أساس هذا السلوك الذى يتصوره • واذا كان الأمر متعلقا بشأن من الشئون الفنية ، فانه يلجأ فى ذلك الى خبير ، ويكون الخبير بدوره ميالا الى أن يتصور نفسه فى موضع الفاعل وفى مثل ظروفه المذكورة وأن يتخيل كيف كان يسلك فى هذه الظروف ثم يحاسب الفاعل على أساس هذا السلوك •

غير أنه يخشى من هذه الطريقة أن يصير القضاء فى دعاوى المسئولية متأثرا بالميزات الشخصية لكل قاض على حدة ، فتختلف الأحكام من قاض الى آخر ، لا بحسب الميزات الخاصة بالمسئولين ، بل بحسب الصفات والميول الشخصية للقضاة ، مع ما فى ذلك من مجافاة للعدالة •

لذلك يكون آمن طريق للأخذ بالمعيار المادى دون وقوع فى هذا العيب الأخير هو أن يعول القاضى فى تعريف مسلك الرجل العادى على

---

(٤٥) السنهورى فى الوسيط ج ١ نبذة ٥٢٩ ص ٧٥٨ •

العرف والعادات ، فيتساءل مثلا عما جرى عليه عرف المهنــة فى ظروف معينة بقطع النظر عما كان يفعله هو لو وجد فى هذه الظروف • فان رجوع القاضى مثلا فى تعيين واجبات الطبيب الى ما جرت عليه عادة الأطبــاء فى ظروف ممــاثلة يكون أقرب الى الحقيقة والواقع من أن يتخيل هــو طبيبا عاديا أو أن يضع نفسه موضع الفاعل فى تلك الظروف •

ولا غضاضة فى الرجوع فى ذلك الى تلك العادات ، لأنها تمثل ما يجرى عليه أوساط الناس فى كل بيئة أو مهنة على حــدة ، ولأن المشرع نفسه كثيرا ما جرى على تقنين هذه العادات • ومن أهم الأمثلة على ذلك تقنينه قواعد المرور وتقنينه آداب مهنة الطب •

وليس المقصود بالعادات التى يرجع اليها فى ذلك تلك العــادات التى وصلت الى درجة العرف الملزم فحسب ، بل كل عادة درج عليهــا الناس ولو لم يعتبروها ملزمة ، لأن مجرد وجود العادة يدل على أنهــا تمثل ما يجرى عليه عامة النــاس ويجعلها بهذه الصــفة صالحة للتعويل عليها باعتبارها تعبيرا عن مسلك الرجل العــادى الذى اعتمدناه كمعيار لتعيين مدى الواجبات القانونية (٤٦) •

على أنه يلاحظ أنه قد توجد عادات قبيحة أو مخالفة لما تقضى به قواعد الأخلاق أو المبادىء القانونية الأولية ، كما لو جرت عادة سائقى السيارات فى بعض المناطق الجبلية على المبــالغة فى السرعة اعتمادا على مهارتهم ومعرفتهم التامة لتلك المناطق ، ففى هــذه الحــالة يتعين على

---

(٤٦) انظر أحكام النقض الفرنسى فى هذا الشأن فى رسالة رابو سالفة الذكر ص ٩٤ وما بعدها ، وانظر نقض جنائى مصرى ٣ مايو ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ — ١١ — ٤ وقد جاء فيه أنه « اذا استخلصت المحكمة بما أوضحته من الادلة أن المتهم أخطأ اذ خالف ما تواضع عليه الناس أثناء المرور فى الطرقات، وذلك بأن سار بسيارته مسرعا فوق شريط الترام ، فوقع فى الحادث الذى يساءل عنه ، فلا يقبل منه أن يجادل فى ذلك أمام محكمة النقض » .

(٤٧) فى هذا المعنى روديير نبذة ١٤٠١ ، مازو نبذة ٩٤ و ٥١١ .

القاضى أن ينقى العادات من شوائبها قبل أن يأخذ بها لأن وظيفته لا تقتصر على تقصى العادات وتطبيقها ، بل ان له أن يأخذ منها فقط بمـــا يراه عادلا وفى مصلحة المجتمع ، ففى المثل المتقدم لا يقيم القاضى وزنا لما جرت عليه عادة السائقين من القيادة بسرعة جنونية (٤٨) ، وكذلك اذا جرت عادة الأطباء والجراحين على أن يتصرفوا فى أداء أعمالهم الفنية بطريقة مخالفة حسن البصر ، تعين على القاضى أن يطرح هذه العادة وألا يعول عليها فى تعيين مسلك الرجل العادى (٤٩) .

---

(٤٨) قرب فى هذا المعنى رابو ص ١٠٠ نبذة ٨٤ ، وانظـــر ريكول فى المسئولية المدنية (دروس بقسم الدكتوراه بالجامعة المصرية سنة ١٩٢٧ — ١٩٢٨) ص ٣٢ حيث يقول :

Ainsi c'est l'usage commun c'est-à-dire la conduite du technicien du spécialiste en la matière qui détermine le point de savoir s'il y a faute ou non. Un usage naît et prend, corps dans chaque matière dans chaque branche d'activité et c'est lui qui détermine d'un point de vue social le point où la faute commence et il n'y a point faute dès qu'on s'est conformé à l'usage. Il faut ajouter que le point de vue social s'il exclut le point de vue individualiste ne saurait exclure le point de vue moral. L'individu reste tenu en cas d'imprudence ou de négligence qui viendrait précisément heurter le point de vue moral ; ainsi l'habitude des conducteurs d'automobiles de se livrer à un excès de vitesse, ne saurait les exomérer des suites de leur imprudence».

وفى هذا ايضا يقول روديير فى ص ٣٥ نبذة ١٤٠٣ :

«On objectera que les usages peuvent être routiniers, qu'ils ne sont pas toujours bons que les tribunaux ont donc parfois raison de s'en évader. Sans doute mais c'est le rôle naturel du droit. Le droit n'est pas la transposition de la matière sociale».

(٤٩) فى هذا المعنى مازو نبذه ٥١١ .

(٢) عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين
العقـدية والتقصيرية
فى قضاء محكمة النقض المصرية (*)

مسألة الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية تفترض أن فعلا ضارا واحدا يشكل فى الوقت ذاته اخلالا بالتزام عقدى وانتهاكا لواجب قـانونى ، أى انه تتوافـر فيـه شروط كلتـا المسـئوليتين معـا . ويتحقق ذلك مثلا فى حالة الحادث الذى يصيب الراكب بفعل أمين نقل الركاب وفى حالة الضرر الذى يحدث للمريض بسبب العلاج الذى يصفه له طبيبه .

ومن المعلوم أن هاتين المسئوليتين ، رغم أنهما تتحـدان فى أن كلا منهما تشكل التزاما بتعويض ضرر نشأ عن اخلال بالتزام سابق تخضعان لنظامين مختلفين يتميز كل منهمـا بأنه يتيح للمضرور بعض المزايا التى لا يتيحها له النظام الآخر . ففى مجال المسئولية العقدية يتمتع المضرور باعفائه من عبء اثبـات الخطأ متى كان الأمر يتعلق بالاخـلال بالتزام بنتيجة ويجوز له الاحتماء بالتقادم طويل المدة وتفـادى التمسك ضده بالتقادم القصير المدة فى الحالات التى يكون فيها الفعل الضار جريمـة جنائية تسقط الدعوى العمومية فيها بمدة أقل من مدة التقادم العام (ستة أشهر أو سنة أو عشر سنوات بحسب ما اذا كان الفعل الضار يشـكل

(*) هذه ترجمة بحث نشر باللغة الفرنسية بعنوان :
La Cour de cassation égyptienne contre le cumul des responsabilités. Proche-Orient-Etudes juridiques. فى مجلة :
التى تصدر فى بيروت عن كلية الحقوق والعلوم السياسية عدد مايو ديسمبر ١٩٦٨ ص ٢٣٥ وما بعدها .

مخالفة أو جنحة أو جنـايه) • وبالعكس من ذلك تكون للمضرور بعض المزايا فى التمسك بأن مسئولية المدعى عليه تقصيرية ، وبخاصة اذا كان لديه الدليل على خطأ الفاعل ولا يشكل أمر اثباته عبئـا بالنسبة اليه ، أو اذا كان فى حالة من الحالات التى يفترض فيها خطأ الفاعل أو تفترض فيها مسئولية هذا الأخير ، لأنه فى هذه الحالات يستطيع أن يحصل على تعويض كامل يغطى ليس فقط الأضرار التى كانت متوقعة كما فى نظـام المسئولية العقدية ، بل كافة الأضرار متوقعة كانت أو غير متوقعة ، فضلا عن مزايا أخرى يخولها له نظام المسئولية التقصيرية كاستبعاد اتفاقات رفع المسئولية أو تضييقها فى حـدود معينة ، ومزية اقامة الدعوى الى المحكمة التى وقعت فى دائرتهـا الجريمـة ، والتخلص من تقصير مدة التقادم تقصيرا منصوصا عليه فى العقد كالنصوص التى تدرج عادة فى عقود النقل ، ومساءلة ناقص الأهلية ، والزام المسئولين عن الفعل الضار بالتضامن فيما بينهم ، وبالعكس من ذلك يكون من مصلحة المدعى عليه ، فى دعوى المسئولية التمسك بنظام المسئولبة العقدية لتفويت كل هذه المزايا الأخيرة على خصمه المطالب بالتعويض (١) •

لذلك ثار التساؤل عما اذا كان يجوز للمضرور — فى الحالات التى تتوافر فيها فى الفعل الضار شروط قيام كلتا المسئوليتين أن يختار من بين النظامين ، والدعويين المقررة لهما ، الدعوى التى تكون أميز له ، أو اذا كان بالعكس من ذلك توجد قواعـد تستبعد فى كل حالة احدى الدعويين دعوى المسئولية التقصيرية ودعوى المسئولية العقـديه ، وتجعل سلوك سبيل الدعوى الأخرى هو المتعين وحده •

---

(١) أنظـر فى هـذه الفروق بين المسئوليتين سـتيفانى فى الخبرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية ، باللغة الفرنسية ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨ العددان الثالث والرابع ص ٧٦ وما يليها ، فان رين Van Ryn فى المسئولية التقصيرية والعقد باريس ١٩٣٣ ص ١١ وما بعدها ، دروسنا لطلبة الدكتوراه فى المسئولية المدنية مع التعمق جامعة القاهرة سنة ١٩٥٤ / ١٩٥٥ ، وكتابنا فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ، الاحكام العامة سنة ١٩٧١ (من مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية) ص ١١ وما بعدها .

هذه هى مسألة جواز أو عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية (٢) التى كثر الجدل حولها فى الفقه والقضاء حتى كثر فيهـا التحول من رأى الى آخر من جانب الفقيه الواحد أو المحكمة الواحـدة وتعددت فى شأنها البحوث والرسائل حتى بلغت حـدا كبيرا (٣) اضطر بسببها المشرع فى بعض البلاد ليحسم الخـلاف بنصوص خاصة (٤) ، وأصبح من المتعين فى البلاد التى لم يتدخل فيها المشرع بنص خاص ، أن يحسم هذا الخلاف برأى معين حتى تستقر الأمور فى هذا الشأن .

ولا يثـور هـذا التساؤل بمناسبة المسئولية عن الفعل الشخصى فحسب ، بل يثور أيضـا فى حالات المسـئولية عن فعل الغير وفى حالات المسئولية عن فعل الحيوانات ، وعن فعل الأشياء الجامدة أو عن فعـل المبانى التى تكون فى حراسة الشخص عندما يوجد بين المضرور وحارس الشىء الذى نشأ الضرر بفعله تعاقد يشمل نشاط ذلك الغير أو استعمال ذلك الشىء .

---

(٢) وكثيرا ما تسمى هـذه المسالة مسالة الجمع أو عـدم الجمع بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية . أنظر فيما يتعلق بالتمييز بين الخيرة وبين الجمع بين المسئوليتين مؤلفنا فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية المشار اليه آنفا ، وكذلك دروسنا لطلبة الدكتوراه سنة ١٩٥٤ / ١٩٥٥ .

(٣) أنظر بصفة خاصة على سبيل المثـال بران Brun فى صـلات المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ونطـاق كل منهما مع مقـدمة بقلم جوسران ، باريس ١٩٣١ ، فان رين Van Ryn فى المسـئولية التقصيرية والعقود مع مقدمة بقلم مايك R. Maecq باريس ١٩٣٣ ، روديير Rodière فى دراسات فى ازدواج نظام المسئولية المدنية ، جورسكلاسير الدورى سنة ١٩٥٠ ص ٨٦١ — ٨٦٨ ، مارتين Martine فى الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية ، جامعة Caen سنة ١٩٥٤ منشورة بباريس سـنة ١٩٥٧ ، ستيفانى فى الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية ، مجـلة القانون والاقتصاد س ١٨ ، سنة ١٩٤٨ الصفحة الاولى وما بعدها ، وتقرير للمؤتمر الدولى السادس للقانون المقارن المنعقـد فى بروكسل سنة ١٩٦٢ منشور فى مجموعة المؤتمر الجزء الثالث ص ١٤٩ وما بعدها .

(٤) أنظر بوجه خاص المواد ١٢٩ وما بعـدها من تقنين الالتـزامات والعقود اللبنانى وهى تبدو انها تأخذ بنظرية الخيرة ، وانظر تفسير Boyer لهذه النصوص فى بحثه فى الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية سنة ١٩٦٤ .

ففى هذه الحالات الأخيرة يرتفع عن المدعى بالمسئولية التقصيرية أهم ما يثقل كاهله وهو عبء اثباته خطأ المدعى عليه وذلك بفضل نص المشرع على افتراض خطأ المدعى عليه أو افتراض مسئوليته ، الأمر الذى يجعل للمدعى كل المصلحة فى تكييف دعواه بأنها دعوى مسئولية تقصيرية ، ولا سيما اذا روعى فى الاعتبار قضاء المحاكم الذى يجعل الارتباط بين الدعوى المدنية والدعوى العمومية من حيث تقادمها مقصورا على الدعوى المدنية المبنية على الفعل الشخصى ولا يتعداها الى الدعوى المدنية المبنية على الخطأ المفترض أو المسئولية المفترضة •

لذلك يتعين أن نبحث المسألة فيما يتعلق بالمسئولية عن الفعل الشخصى أولا ، ثم نبحث فيما يتعلق بالمسئوليات المفترضة فى القانون الفرنسى وفى القانون المصرى •

(أولا) — فى القانون الفرنسى :

(أ) فيما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصى :

(١) آراء الشراح :

انقسم الفقه زمنا طويلا فيما يتعلق بهذه المسألة •

استند أنصار الخيرة بين المسئوليتين الى أن قواعد المسئولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام وبالتالى لا يجوز الخروج عليها بالاتفاق على ما يخالفها ، اذ أن وجود عقد بين المضرور ومرتكب الفعل الضار حتى عندما يكون الضرر ناجما عن الاخلال بالتزام ناشىء من هذا العقد لا يمكن أن يحول دون تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية ولو كان العقد يتضمن شرطا باعفاء المدين من المسئولية العقدية أو بالحد من هذه المسئولية ، لأن العقد اذ ينظم علاقات طرفيه يقتصر على ترتيب الالتزامات العقدية التى ارتضاها الطرفان ولا يستطيع أن يعفى أيا

منهمـــا من الالتزامات التى يفرضها القانون ، ومن ثم يجوز للدائن أن يلجأ الى أحكام المسئولية التقصيرية اذا كانت أحكام المسئولية العقدية لا تكفل له الحماية الكاملة ولو كان قصورها عن ذلك راجعا الى تضمن العقد شرطا يعفى المدين من المسئولية (٥) •

وقد استند هؤلاء الشراح فى رأيهم الى أحكـام القضاء الفرنسى القديم المتعلقة بأثر شرط الاعفاء من المســئولية العقدية حيث كانت تلك الأحكام لا تعترف لهذا الشرط بالقدرة على اعفاء المدين من مسئوليته ، بل تعتبر أثره مقصورا على قلب عبء الاثبات فقط ، بحيث تكون نتيجته منح المدين اعفاء مؤقتا من المسئولية الى أن يتمكن الدائن من اثبات خطأ وقع من المـــدين ، واستنبطوا من ذلك أن المحـــاكم كانت تعتبر أن شرط الاعفاء من المسئولية بمجرد رفعه المسئولية العقـدية عن المـدين كان يكشف عن المسئولية التقصيرية المقررة بنص متعلق بالنظام العام يوجب على المضرور — وهو الدائن بالتعويض — اثبـات خطأ مدينـه مرتكب الفعل الضار •

أما الرافضون للخيرة بين المسئوليتين ، فهم فريقان :

الفريق الأول يهاجم رأسا فكرة تعلق أحكام المسئولية التقصيرية بالنظام العام فى مجموعها ، ويرى أنه اذا كان بعض الالتزامات القانونية التى يستتبع الاخلال بها المسئولية التقصيرية تتعلق حقيقة بالنظام العام لأن الاخلال بهـا يدخل بالصالح العام مبـاشرة أى بصالح الجماعة

---

(٥) انظر فى هـذا المعنى أوبرى ورو ط ٥ جـ ٦ ص ٣٧١ ، بلانيول فى الموجز جـ ٢ نبذة ٨٧٣ وما بعـدها ، وتعليق له فى دالوز الدورى ١٩٠٧ — ٢ — ٩٧ ، بونكاس فى ملحق بودرى لاكانتيزى جـ ٢ القسم الثالث الفصل الرابع نبذة ٥٠١ ، وفى الفقه البلجيكى فان رين السالف ذكره فى الهامش ١ ص ٩٣ وما بعدها ، وفى المجلة النقدية للقضاء البلجيكى سنة ١٩٥٧ ص ٢٩٧ الى ٣٠٩ ، وفان هيك Van Hecke فى المجلة ذاتهـا سنة ١٩٦٠ ص ٢١٥ وما بعدها .

بأسرها ، فان الأمر ليس كذلك بالنسبة اليها جميعا ، اذ أن كثيرا منها لا يمس الاخلال بها سوى صوالح فردية ، ومن ثم فان الأفراد يجوز لهم — باتفاقات يعقدونها — أن يعفوا بعضهم بعضا من المسئولية التى تترتب على الاخلال بالالتزامات القانونية التى من هذا النوع الأخير ، وبالتالى يكون اتفاق المتعاقدين على ترتيب العلاقات بينهم بشكل معين منطويا على شرط ضمنى باستبعاد المسئولية التقصيرية ، على الأقل تلك المسئولية التى تترتب على الاخلال بالتزام قانونى من الالتزامات التى لا تتعلق بالنظام العام (٦) ، ويقصر هذا الفريق من الشراح الالتزامات القانونية التى تتعلق بالنظام العام على الالتزامات القانونية بضمان سلامة الأشخاص وعلى الالتزامات القانونية الأخرى المعاقب عليها قانونا • أما ما عدا ذلك من التزامات قانونية فانه لا يتعلق بالنظام العام، ويجوز للمتعاقدين استبعادها والاتفاق على ما يخالفها ، وحينئذ يلتزم العاقدان بالعقد شريعة المتعاقدين ويخضعان لأحكامه فقط بما فيها أحكام المسئولية العقدية •

أما الفريق الآخر من الرافضين للخيرة بين المسئوليتين فلا يرى داعيا لمهاجمة فكرة تعلق الالتزامات القانونية وأحكام المسئولية التقصيرية بالنظام العام ويكتفون بالقول بأن هذه الأحكام حتى مع التسليم بتعلقها بالنظام العام لا توجه الخطاب الى المتعاقدين ، بل الى غير المتعاقدين فحسب ، بدليل أن المشرع وضع نظاما خاصا لمسئولية المتعاقدين ، ومن ثم فان أحكام المسئولية التقصيرية انما هى أحكام احتياطية يتوقف سريانها على عدم وجود عقد ينظم العلاقة بين المضرور ومرتكب الفعل الضار ، فيتعين لذلك فى كل حالة يوجد فيها عقد أن نحدد اطار هذا العقد ونطاق المسئولية العقدية فى هذا الاطار بقطع النظر عن تعلق أحكام المسئولية التقصيرية بالنظام العام أو عدم تعلقها به لأن هذه

---

(٦) انظر فى هذا المعنى بوابيه ، فى الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية المشار اليه آنفا .

الأحكام لا مجال لسريانها فى نطاق العقد • فاذا توافرت شروط المسئولية العقدية كانت أحكام هذه المسئولية هى وحدها الواجبة التطبيق وامتنع بالتالى تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية (٧) •

وقد رجحت فى الفقه حجج هذا الفريق الأخير (٨) ، وأيدها كثير من أحكام القضاء ، ولم يبق فى صف معارضتها — حسب قول لالو — سوى الفقيه العلامة جوسران ، وهو ينقل عن هذا الأخير قوله : « ان نص المادة ١٣٨٢ مدنى يتسم بأكبر قدر من صفة العموم ، وينفذ حتى الى دائرة العقد حيث انه يحكم حتى بعض الأخطاء التى تقع فى تكوين العقد أو فى تنفيذه ، ومن ثم يجب أن نرى فيه دستور الحياة فى المجتمع (٨ مكرر) » ، ويعقب لالو على ذلك قائلا : ولكن الاجماع يكاد أن يكون منعقدا على هجر نظرية الخيرة ، ثم يقول : « وعندى أن هذا الرأى معقول ، لأنه اذا كانت المسئولية فى بعض العقود مخففة بسبب خدمة أداها أحد الطرفين الى الآخر أو بسبب تفاوت أداءات الطرفين ، فلا يجوز أن يسمح لأحدهما أن يزيد مسئولية الآخر لمجرد تمكنه من اثبات خطأ هذا الأخير » (٩) •

على أنه يجدر التنويه بأن عبارات جوسران السالف ايرادها لا

---

(٧) انظر عرضا مفصلا للآراء المختلفة فى هذا الموضوع فى رسالة مارتين القيمة سالفة الاشارة اليها فى الهامش ٣ (ص ٤٨ وما بعدها) .

(٨) انظر بوجه خاص لابيه تعليق فى سيرى ١٨٨٥ — ٤ — ٢٥ ، بلانيول تعليق فى دالوز الدورى ١٩٠٨ — ٢ — ٩٧ ، فيرون Ferron تعليق فى سيرى ١٩١١ — ٢ — ٢٣٣ ، سالى فى النظرية العامة للالتزام نبذة ٣٣٢ ، ديموج جـ ٥ نبذة ١٢٤٤ ، كولان وكابيتان ط ١٠ جـ ٢ نبذة ٣٩٧ ص ٢٨٩ ، بيرسون ودى فيليه فى شرح المسئولية المدنية بروكسل ١٩٣٥ جـ ١ نبذة ٢٧ ، مازو فى المسئولية المدنية جـ ١ نبذة ١٩٢ وما بعدها ، روديير فى المسئولية المدنية ص ٣٠٨ نبذة ١٦٩٠ ، مارتين فى الخيرة بين المسئوليتين باريس ١٩٥٧ ص ٦٧ ، لالو فى المسئولية المدنية ط ٦ سنة ١٩٦٢ ص ٤١٧ نبذة ٦٢٧ ، بران فى المرجع السالف ذكره .

(٨ مكرر) جوسران فى روح الحقوق ونسبيتها نبذة ٢٤٠ .

(٩) لالو فى الموضع المشار اليه آنفا .

تمثل رأيه النهائى ، حيث انه قد ارتد هو عنه فى كتاباته اللاحقة سواء فى شرحه للقانون المدنى (جـ ٢ نبذة ٤٨٤ وما بعـدها) أو فى شرحه لعقـد النقل (الطبعة الثانية سنة ١٩٢٦ نبذة ٦٢٨) حيث يقول : « وفى رأيى ان القول بأن شرط عدم الضمان يستبعد المسئولية التقصيرية قول غير دقيق ، لأن هذه المسئولية تستبعد أصلا بمجرد ابرام العقد ، عقد النقل ، ولأن تعايش نظامى المسئولية التقصيرية والتعاقدية فيما يتعلق بالاخـلال بالتزام واحـد ، غير مقبول عقـلا ، فالمسئولية العقدية تطرد المسئولية التقصيرية وتحل محلها ، فطالما أن شخصا كأمين النقل مثلا يلتزم بمقتضى عقد النقل بالالتزام بالامتناع عن اتلاف الأشياء المعهود اليها بنقلها أو عن التسبب فى ضياعها فانه ينحسر عنه فى هـذا الصـدد حكم المسئولية التقصيرية . والمواد ١٣٨٢ مدنى وما بعدها انما تشكل دستور الحيـاة فى المجتمع بالنسبة الى العلاقات غير العقدية ، فقد وضعت هذه النصوص لتطبيقها على غير المتعاقدين فيما بينهم ، لا على الأشخاص الذين تربطهم علاقة تعاقدية ، على الأقل فيما يتعلق بعلاقات هؤلاء التى تولى العقـد تنظيمها » .

لذلك لا يصح القول بأن العلامة جوسران قد خرج وحده عن اجماع الفقـه الفرنسى الذى انعقـد على عدم جـواز الخيرة بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية (١٠) .

(٢) موقف القضـاء :

أبدى القضاء الفرنسى أول الأمر كثيرا من التردد فى شأن جـواز الخيرة وعدمه : فصدرت أحكام عديدة فى كل من الاتجاهين المتعارضين ، بل ان محكمة النقض ذاتها لم تسلم من هذا التردد قبل أن تستقر نهائيا

---

(١٠) يقول ستارك ص ٤٣١ من رسالته :
La théorie de l'option n'a presque pas de défenseur aujourd'hui.

على الرأى القائل بعدم الخيرة بين المسئوليتين • ونعرض فيما يلى بعض الأحكام الهامة التى تبين مراحل تطور القضاء فى هذا الشأن •

فى حكم صادر بتاريخ ٢١ نوفمبر ١٩١١ قضت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بعدم اختصاص المحكمة التى وقع فى دائرتها الفعل الضار التى رفعت اليها الدعوى بالتطبيق لقواعد المسئولية التقصيرية لأن الضرر كان ناشئا من اخلال بالتزام عقدى ولأن العقد كان يخول الاختصاص الى محكمة معينة غير المحكمة التى وقع فى دائرتها ذلك الاخلال (١١) •

وفى حكم آخر بتاريخ ١١ يناير ١٩٢٢ قضت برفض مساءلة المدين عن خطئه اليسير جدا pour faute très légère لأن هذه المسئولية لا تقوم الا على أساس المادة ١٣٨٢ وما بعدها ، ولأن هذه النصوص لم تكن تنطبق على الدعوى المطروحة اذ أن الخطأ الذى كان التعويض مطلوبا عنه كان اخلالا بالتزام عقدى (١٢) •

وبتاريخ ٦ أبريل ١٩٢٧ قضت برفض التضامن بين مدينين أخلوا بالتزاماتهم العقدية لعدم وجود نص فى العقد على الزامهم بالتضامن وقررت أن التضامن بين مرتكبى الفعل الضار لا مجال لتطبيقه فى الحالات المطروحة ، وجاء فى احدى حيثياتها قولها : وحيث ان قاعدة ان كل خطأ سبب للغير ضررا يوجب مسئولية فاعله لا تسرى الا فى حالات الجرائم

= انه لم يعد فى الوقت الحاضر مناصر لنظرية الخيرة بين المسئوليتين ص ٤٣١ . انظر مع ذلك سافاتييه فى المسئولية المدنية جـ ١ نبذة ١٤٨ وما بعدها ، جوبريل Joubrel فى مسئولية الاطباء ، رسالة دكتوراه من جامعة رين Rennes سنة ١٩٣٩ ، فان رين المشار اليه آنفا ص ١٥٣ .

(١١) نقض مدنى ٢١ نوفمبر ١٩١١ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٤٩ وسيرى ١٩١٢ — ١ — ٧٣ . وفى هذا المعنى ايضا نقض مدنى ١٤ يناير ١٩١٨ دالوز ١٩١٩ — ١ — ٦٨ ، وسيرى ١٩٢٠ — ١ — ٧٥ .

(١٢) نقض مدنى ١١ يناير ١٩٢٢ سيرى ١٩٢٤ — ١ — ١٠٥ ، دالوز ١٩٢٢ — ١ — ١٦ .

المدنية (الجنح وأشباه الجنح) وان هذه القاعدة غير واجبة التطبيق فى الحالة المطروحة لأن الضرر فيها كان نتيجة خطأ فى تنفيذ التزام ناشىء من عقد (١٣) .

وقد تواترت بعد ذلك فى هذا المعنى عدة أحكام من الدائرة المدنية ذاتها (١٤) .

غير أن الخلاف الذى وجد فى الفقه أول الأمر كان له صدى فى أحكام دائرة العرائض ، فقد أقرت هذه الأخيرة جواز الخيرة وأصدرت عدة أحكام بتطبيق بعض قواعد المسئولية التقصيرية فى قضايا طرحت عليها بشأن علاقات فيما بين المتعاقدين (١٥) ، الا أنها عدلت عن ذلك واعتنقت منذ سنة ١٩٣٦ قضاء الدائرة المدنية برفض الخيرة بين المسئوليتين (١٦) .

---

(١٣) نقض مدنى ٦ ابريل ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١١١ ، سيرى ١٩٢٧ — ١ — ٢٠١ مع تعليق من هنرى مازو .

(١٤) نقض مدنى ٢٤ يوليه ١٩٣٠ دالوز الاسبوعى ١٩٣٠ — ٥٢٣ ، نقض مدنى ٢٢ يوليه ١٩٣١ دالوز الاسبوعى ١٩٣١ — ٥٠٦ ، نقض مدنى ٢٢ مايو ١٩٣٣ دالوز الاسبوعى ١٩٣٣ — ٣٩٥ ، سيرى ١٩٣٣ — ١ — ٢٦٣ ، نقض مدنى ٩ ينـاير ١٩٤٠ دالوز ١٩٤٠ — ١ — ٤٩ ، نقض مدنى ٦ مارس ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٥ — ٢١٧ ، نقض مدنى ٦ مايو ١٩٤٦ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٦ — ٣٠٩ ، نقض مدنى ١٠ يونيه ١٩٤٩ غازيت القضاء ١٩٤٩ — ٢ — ٣٥٢ ، نقض مدنى ٧ يناير ١٩٥٥ مجموعة محكمة النقض ١٩٥٥ — ٢ — ٥ ، نقض مدنى ٣٠ اكتوبر ١٩٦٢ دالوز ١٩٦٣ — ٥٧ وتعليق اسمان جيروسكلاسير ١٩٦٢ — ٢ — ١٩٢٤ وتعليق سافاتييه .

(١٥) انظر بوجه خاص فى هذا المعنى عرائض ١٤ ديسمبر ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ ، عرائض ٢٥ فبراير ١٩٣٠ دالوز الاسبوعى ١٩٣٠ — ٢١١ ، عرائض أول مارس ١٩٣٣ غازيت القضاء ١٦ مايو ١٩٣٣ ، وقد سايرت عدة محاكم استئنافية دائرة العرائض فى ذلك ، أنظر الجزائر ٩ يناير ١٩٢٤ غازيت القضاء ١٩٢٤ — ١ — ٥٨٧ ، باريس ٥ فبراير ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢ — ١ — ٦٣١ ، باريس ٥ فبراير ١٩٤٦ الاسبوع القانونى ١٩٤٦ — ٢ — ٣١٨٦ وتعليق كوست .

(١٦) أنظر بوجه خاص فى هذا المعنى نقض عرائض ٩ مارس ١٩٣٦ دالوز الاسبوعى ١٩٣٦ — ٢٣٣ ، ٨ مارس ١٩٣٧ سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٢٤١ ، دالوز ١٩٣٨ — ١ — ٧٦ ، ١٥ يونيه ١٩٣٧ غازيت المحاكم ٢٨ =

وكذلك فعلت الدائرة الاجتماعية بمحكمة النقض وقد جاء فى حكم لها بتاريخ ١٠ يونيه ١٩٤٩ ما يلى : وحيث انه يبين من نص المواد ١٣٨٢ مدنى وما بعدها أن هــذه النصوص لا شأن لها بالعــلاقات فيمــا بين العاقدين ولا تسرى على الاخلال بالالتزام الناشىء من العقد ، اذ لايجوز التغاضى عن العقد فى تقدير المسئولية فى الحالة المطروحة (١٧) •

وبذلك تم حسم الخــلاف فى القانون الفرنسى حول مبــدأ عــدم الخيرة ، فأصبح الاجماع يكاد أن يكون منعقدا فى الفقه وفى القضاء على رفض نظرية الخيرة من حيث المبدأ (١٨) •

نقول « من حيث المبدأ » لأن الفقه والقضاء بعد أن اتفقا على مبدأ عدم الخيرة بين المسئوليتين ، راحا يوردان بعض الاستثناءات على هذا المبدأ ، وهذه الاستثناءات لا تزال محل خلاف نعرض له فيما يلى :

(٢) الاســتثناءات :

هناك استثناء واحد على الأقل مسلم من الجميع وهو فى حالة الخطأ العقدى الذى يشكل فى الوقت ذاته جريمة جنائية عمدية ، ففى هــذه الحالة يكاد يكون الاجماع منعقدا على أنه يجوز للمضرور عند مطالبته

= اكتوبر ١٩٣٧ ، ٢٨ يونيه ١٩٣٨ دالوز الاسبوعى ١٩٣٨ — ٥٦٢ ، ١١ نوفمبر ١٩٤٢ غازيت القضاء ١٩٤٣ — ١ — ٤٢ ، ٦ مارس ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٥ — ١ — ٢١٧ •

(١٧) نقض (اجتماعى) ١٠ يونيه ١٩٤٩ غازيت القضاء ١٩٤٩ — ٢ — ٣٥٢ •

(١٨) وقد صدرت بعض احــكام من محــاكم الاستئناف ومن المحــاكم الابتدائية قبلت مطالبة الدائن مدينه بتعويض عن الاخلال بالتزامه العقــدى على اساس المسئولية التقصيرية ، ويلاحظ أن بعض هذه الاحكام تتفق مع اعتبارها استثناء من مبدأ عدم الخــيرة بين المسئوليتين • أما البعض الاخر فيتعارض صراحة مع هذا المبدأ • انظر هذه الاحكام فى رسالة مارتين فى الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية باريس ١٩٥٧ ص ٦٢ وما بعدها •

الفاعل بالتعويض أن يستند الى أحكام المسئولية التقصيرية (١٩) .

فاذا كان الخطأ العقدى يشكل جريمة جنائية غير عمدية ، فان بعض الشراح يتحفظون فى ذلك (٢٠) ولكن الكثرة الغالبه لا تفرق فى هذا الشأن ، وترى انه سواء كان الخطأ العقدى يشكل جريمة مدنية أو يشكل فقط شبه جريمة مدنية ، فلا يمكن حرمان المضرور من الادعاء مدنيا أمام المحاكم الجنائية . ولما كان أساس دعواه المدنية هو الجريمة المدنية ، فانه يجوز له أن يتمسك بأحكام المسئولية التقصيرية سواء أمام المحاكم الجنائية أو أمام المحاكم المدنية (٢١) .

وبما أنه مسلم عند الغالبية العظمى من الشراح بأن حالة الجريمة الجنائية غير العمدية مستثناة من مبدأ عدم الخيرة بين المسئوليتين ، فيجب أن يكون الأمر كذلك من باب أولى فى حالتى الجنحة المدنية والغش الذى يقع من المدين ، لأنهما يعتبران جنحة عمدية ولو أنها ليست جنائية ، لأن وقوع الغش من جانب المدين يدل على أنه قصد خرق العقد ، وهذا يكفى لحرمانه من التمسك بالحماية التى كان يمكن أن يسبغها عليه العقد ، فيسلم هؤلاء الشراح بأنه يجوز مساءلة المدين فى هذه الحالة طبقا

---

(١٩) انظر بوجه خاص لابيه تعليق فى سيرى ١٨٨٦ — ١ — ١ ، ديمولومب ج ٣١ نبذة ٤٧٨ ، لوران ج ٢٠ نبذة ٤٦٣ ، لارومبيير ج ٧ تحت المادة ١٢٨٢ نبذة ٩ ، أوبرو ورو ط ٥ نبذة ٤٦ ، جوسران تعليق فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠١ ، بران فى نطاق كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية نبذة ٢٠٥ وما بعدها ، وقارن عكس ذلك مازو ج ١ نبذة ٢٠٢ ، مارتين ص ١٥٧ ، روديير نبذة ١٦٨٨ ، ديران فى شروط الاعفاء من المسئولية ص ٣٩٨ ، بوابيه فى مؤلفه السابق الاشارة اليه ص ٥ ، نقض جنائى ١٢ ديسمبر ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٧ — ١٤ ، ٢٢ أبريل ١٩٥٠ جوريسكلاسير ١٩٥٠ — ٢ — ٥٦٩٠ .

(٢٠) مازو وتونك ج ١ نبذة ٢٠٤ ، ديموج تعليق فى سيرى ١٩٢٤ — ١ — ١٠٦ ، هنرى وليون مازو فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٧ ص ١٩١ .

(٢١) لالو ط ٦ نبذة ٦٢٣ ، بران نبذة ٢١٢ ، نقض عرائض ٢٧ يوليه ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٦ — ١ — ٥ ، نقض جنائى ١٢ ديسمبر ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٧ — ٩٤ ، استئناف اكس ١٢ يناير ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٤ — ٣٣٨ .

لقواعد المسئولية التقصيرية اذا وجد الدائن مصلحة له فى ذلك (٢٢) .

ويسوى بغش المدين خطؤه الجسيم طبقا للنظرية التقليدية التى تسوى بين هذين النوعين من الخطأ (٢٣) . ولأن عددا كبيرا من الشراح يعتبرون أن المهنيين لا يسألون فى أعمال مهنتهم الا عن خطئهم الجسيم ، فهم يصلون الى حد اجازة الخيرة بين المسئوليتين فى محاسبة المهنيين عن أخطائهم فى أعمال مهنتهم (٢٤) .

(ب) فيما يتعلق بالمسئوليات المفترضة ، سواء المسئولية عن فعل الغير أو المسئولية عن فعل الأشياء :

ان حالات المسئولية المفترضة ، سواء عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء ، تتميز بأن المضرور فيها يكون معفى من عبء اثبات خطأ الشخص الذى يعتبره القانون مسئولا عن فعل غيره أو عن فعل الأشياء التى تكون فى حراسته وذلك يمحو الفرق من حيث عبء الاثبات بين

---

(٢٢) جوسران فى تعليق فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ ، وفى كتابه البواعث فى التصرفات القانونية نبذة ١٧١ وما بعدها ، ريبير فى القاعدة الخلقية نبذة ١٥٧ وما بعدها ، فوازينيه فى الخطأ الجسيم فى القانون الفرنسى الخاص ، رسالة من جامعة ديجون سنة ١٩٣٤ ص ٢٣٥ وما بعدها . وقارن عكس ذلك لابيه فى تعليق فى سيرى ١٨٨٦ — ١ — ٦ ، مازو ج ١ نبذة ٢٠٥ و ٢٠٦ ، مارتين ص٤٤٢ ، ونقض عرائض ١٤ ديسمبر ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ ، استئناف باريس ١٦ ديسمبر ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٤ — ٨٠ .

(٢٣) راجع فى هذه النظرية والتعديلات التى ادخلت عليها مازو ج ١ نبذة ٦٧٥ / ٢ وقارن مارتين ص ١٤٨ .

انظر فى جواز الخيرة فى حالة الخطأ الجسيم كما فى حالة الغش بران نبذة ٢٢٢ .

وانظر عكس ذلك مازو ج ١ نبذة ٢٠٦ / ٢ ، فوازينيه ص ٢٤٠ ، مارتين ص ١٥٢ ، بواييه ص ٦ .

(٢٤) بران نبذات ٢٤٤ و ٢٤٥ و ٣٥٠ ، رينيه مارتان فى الخطأ المهنى وبخاصة فى المهن الحرة ، رسالة من جامعة ليون سنة ١٩٣٤ ص ١٦٥ وما بعدها ، سافاتييه J. Savatier فى المهنة الحرة رسالة من جامعة بواتييه سنة ١٩٤٧ ص ٣٢١ وما بعدها ، نقض عرائض ٢٦ مايو ١٩٣٢ سيرى ١٩٣٢ — ١ — ٣٨٧ ، وانظر عكس ذلك مازو ج ١ نبذة ٢/٢٠٦ ، وبواتييه ص ٦ .

المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، وذلك على الأقل فى حالة الاخلال بالتزام عقدى بنتيجة • ولكن تظل قائمة الفروق الأخرى بين نوعى المسئولية المدنية ، ومن ثم تظل الحاجة الى معرفة ما اذا كانت مسئولية أحد العاقدين ازاء العاقد الآخر عن الضرر الناشىء من الاخلال بالتزامه العقدى راجعا الى فعل شخص ليس أجنبيا عنه أو الى فعل شىء كان فى حراسته تعتبر مسئولية عقدية بحتة أو مسئولية تقصيرية بحتة وما اذا كانت تجيز للمضرور الذى يطالب بالتعويض الخيرة بين المسئوليتين أو لا تجيز له ذلك • الأصل أن الجواب هنا يجب أن يكون مثل ما رأيناه فيما يتعلق بالمسئولية عن الفعل الشخصى لنفس الأسباب وعلى أساس الحجج ذاتها ، أعنى رفض الخيرة وتحديد نطاق كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية تحديدا قانونيا ملزما • فتكون المسئولية عقدية كلما وجد بين المضرور ومرتكب الفعل الضار عقد صحيح ، وكان الضرر نتيجة الاخلال بالتزام ناشىء من هذا العقد ، سواء كان الاخلال راجعا الى الفعل الشخصى للمدين أو الى فعل شخصى ممن يسأل هو عن أفعالهم أو الى فعل شىء فى حراسته • فاذا تخلف أى من هذه الشروط ، كانت المسئولية تقصيرية تخضع لأحكام المواد ١٣٨٢ مدنى وما بعدها ، دون الأحكام المتعلقة بالعقد •

ففى مجال المسئولية عن فعل الغير (مسئولية الآباء والأمهات وأرباب الحرف والمتبوعين) يذهب الرأى الراجح الى أن أحكام المادة ١٣٨٤ المتعلقة بمسئولية هؤلاء ينحصر مجالها فى غير العلاقات التعاقدية ، فلا تسرى فيما بين المتعاقدين • فمثلا اذا أودعت آنية طرف شخص ، فانكسرت بخطأ ولده القاصر المقيم معه أو بخطأ تابعه الذى وقع منه فى أثناء أو بسبب تأدية وظيفته ، فلا تطبق على مسئولية الوديع أحكام المادة ١٣٨٤ ، بل أحكام عقد الوديعة (٢٥) •

---

(٢٥) رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ، القاهرة سنة ١٩٣٦ النسخة الفرنسية ص ٤٢٨ وما بعدها ، Bezzola فى مسئولية المدين

وفيما يتعلق بالمسئولية عن فعـل الحيوان يذكر ديموج أن محكمة النقض أجازت تطبيق أحكام المـادة ١٣٨٥ فى العـلاقات فيمـا بين العاقدين (٢٦) ويشير الى حكمين قضت فيهمـا محكمة النقض بتطبيق أحكام المادة ١٣٨٥ مدنى القـاضية بالزام حارس الحيـوان بتعويض الأضرار التى تحدث للغير بفعل الحيوان الخاضع لحراسته ، فقضت بتطبيق هذه الأحكام فى العلاقة بين مالك الحيوان والأشخاص التابعين له والمكلفين من قبله بالعناية بالحيوان أو بقيادته (٢٧) .

وقد تكفل لالو بادحاض هذا الرأى (٢٨) ، فبعد أن أورد أحكـاما أخرى قضت بخلافه (٢٩) انتهى الى أن حكم المادة ١٣٨٥ يجب كقاعدة عامة استبعاد تطبيقه فى العلاقات العقدية ، فهو يقرر أنه فى هذا النوع الأخير من العلاقات يتعين الاعتداد بقواعـد المسئولية العقـدية وهى — فيما عـدا حالات الغش والخطأ الجسيم — تقضى باستبعاد تطبيق المواد ١٣٨٢ مدنى وما بعدها المتعلقة بالمسئولية العقـدية ، ويستطرد فيقول ان هذه الملاحظة لها أهميتها ليس بالنسـبة للفرق من حيث عبء الاثبات فحسب (نظرا لأن نص المادة ١٣٨٥ ينشىء مسئولية مفترضة مثل التى تقع على عاتق المدين التعاقدى ، على الأقل عندما يكون التزامه

بسبب الضرر الذى يسببه معاونوه فى تنفيذ التزامه ، جنيف سنة ١٩٣٧ ص ١٤٥ وما بعدها ، بيكيه فى المسئولية العقدية عن فعل الغير ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩١٤ ص ٢٥١ وما بعدها ، ديموج تعليق فى سيرى ١٩٢٤ — ١ — ١٠٥ ، مازو وتونك جـ ١ نبذة ٩٧٩ ، سافاتييه جـ ١ نبـذة ١٥٩ ، لالو نبذة ١١٠٣ .

(٢٦) ديموج تعليق فى سيرى ١٩٢٤ — ١ — ١٥٠ .

(٢٧) نقض (عرائض) ٢ يوليه ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ — ١ — ٤٣١ ، (مدنى) ٢٨ نوفمبر ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ — ١ — ٢٥٣ .

(٢٨) لالو تعليق على حكم استئناف باريس ١٠ فبراير ١٩٣٧ فى دالوز ١٩٣٧ — ٢ — ٧ ، وعلى حكم استئناف باريس ٢٢ اكتوبر ١٩٤١ فى دالوز النقدى D.C. ١٩٤٢ P. ٢٠ .

(٢٩) استئناف ليون ٢١ اكتوبر ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٤ — ٢ — ٥١ وتعليق لالو ، باريس ٢٥ مارس ١٩٥٤ الاسبوع القانونى ١٩٥٤ — ٢ — ٨٠٩٤ .

العقدى التزاما بنتيجة) ، بل أيضا بالنسبة الى مسائل الاختصاص القضائى ، والى مدى المسئولية من حيث شمول الأضرار غير المتوقعة . والى دفع مسئولية المدين حيث يجوز للمدين بغير أن يثبت السبب الأجنبى دفع مسئوليته باثبات أنه بذل فى وفاء التزامه عناية رب الأسرة (٣٠) .

وفيما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن فعل الأشياء الجامدة ، فان الاضافة التى أدخلها على نص المادة ١٣٨٤ فقرة أولى مدنى قانون ٧ نوفمبر ١٩٢٢ قد نصت على قصر تطبيقها فيما يتعلق بالاضرار الناشئة عن الحريق على المسئولية فيما بين غير المتعاقدين ولذلك فان الشراح — بما فيهم من لا يزالون يناصرون جواز الخيرة بين المسئوليتين فيما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصى — يسلمون بأن حكم المادة ١٣٨٤ فقرة أولى مدنى لا ينطبق على العلاقات العقدية طالما أنه قد روعى فى العقد احتمال وقوع الضرر بفعل الشيء (٣١) .

وتطبيقا لهذا المبدأ جرى قضاء المحاكم بأن حكم المادة ١٣٨٤ فقرة أولى مدنى لا شأن له بحوادث النقل المأجور التى تقع للركاب فى أثناء النقل ، لأن هؤلاء ليسوا من الغير بالنسبه الى أمين النقل بل هم مرتبطون معه بعقد النقل (٣٢) ، ولا بالأضرار التى تصيب المرضى الذين يعالجهم طبيب الأشعة بفعل الآلات التى يستخدمها هذا الأخير فى علاجهم (٣٣) ولا حوادث المصاعد التى تصيب مستأجرى المبنى بفعل

---

(٣٠) لالو فى المسئولية المدنية نبذة ١١٣٤ و ١١٣٥ .

(٣١) سافاتييه فى المسئولية المدنية جـ ١ نبذة ١٥٦ وما بعدها ، لالو نبذة ١٢٧٨ وما بعدها ، مازو جـ ٢ نبذة ١٤٠٩ وما بعدها ، مارتين ص ٧٠ وما بعدها .

(٣٢) نقض (عرائض) ١١ نوفمبر ١٩٤٢ غازيث القضاء ١٩٤٢ — ١ — ٤٢ .

(٣٣) استئناف رين ٥ ديسمبر ١٩٣٥ غازيت القضاء ٦ فبراير ١٩٣٦ ، نقض (عرائض) ١٥ يونيه ١٩٣٧ غازيت المحاكم ٢٨ اكتوبر ١٩٣٧ ، نقض =

المصعد المعد لاستعمالهم (٣٤) .

فيمكن القول بأن قضاء محكمة النقض الفرنسية قد استقر على ذلك (٣٩)، وان كانت توجد بعض أحكام صادرة من محاكم الموضوع بخلاف هذا الرأى (٣٦) .

والأمر كذلك أيضا بالنسبة لتطبيق المادة ١٣٨٦ مدنى الخاصة بمسئولية مالك البناء عن الأضرار التى تحدث بسبب تهدمه .

وقد أثيرت المسألة عملا فى العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين ، فقضت المحاكم باستمرار باستبعاد تطبيق المادة ١٣٨٦ فى علاقات المؤجر بالمستأجر باعتبار أن أحكام المسئولية العقدية هى وحدها الواجبة التطبيق فى شأن الأضرار التى تحدث للمستأجر بسبب تهدم البناء المؤجر اليه (٣٧) تأسيسا على أن عقد الايجار ينشىء فى ذمة المؤجر ، ما لم

= مدنى ٢٧ مايو ١٩٤٠ غازيت المحاكم ١٦ نوفمبر ١٩٤٠ دالوز النقدى ١٩٤١ — ١ — ٥٣ وتعليق ناست .

(٣٤) استئناف بواتييه ٥ ديسمبر ١٩٣٣ دالوز الاسبوعى ١٩٣٤ — ٦١ ، استئناف باريس ٢٧ مايو ١٩٦١ دالوز ١٩٦١ ٧٠٧ ٧، ويمكن مد هذا الحكم حتى الى الغير الذين يستخدمون المصعد باعتبار أن المستأجر عندما تعاقد مع المالك المؤجر قد اشترط ذلك لصلحة الغير وان المالك بناء على ذلك ملزم بالتزام بضمان السلامة ازاء المستأجر وأيضا ازاء الغير ، الذين لهم صلة بالمستأجر (أنظر فى هذا المعنى مآجان Magin فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٠ — ٣٩) ، وقرب فى هذا المعنى نقض مدنى ٦ مايو ١٩٤٦ الاسبوع القانونى ١٩٤٦ — ٢ — ٣٢٣٦ تعليق روديير .

(٣٥) نقض مدنى ٩ يناير و ٤ مارس ١٩٥٧ دالوز ١٩٥٨ ٧، ٢٤٥ وتعليق سافاتييه .

(٣٦) السين الابتدائية ٢٣ يناير ١٩٠٣ دالوز الدورى ١٩٠٤ — ١ — ٢٥٧ ، استئناف نيم Nîmes ٤ يونيه ١٩٣٤ دالوز الاسبوعى ١٩٣٤ — ٥٤٨ .

(٣٧) استئناف باريس ١٧ يونيه ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٧ — ٢ — ٩٧ سيرى ١٩٠٥ — ٢ — ٣٠١ ، استئناف بواتييه ٥ دسمبر ١٩٣٣ دالوز الاسبوعى ١٩٣٤ — ٦١ ، استئناف ليون ٥ فبراير ١٩٥١ جوريسكلاسير ١٩٥١ — ٢ — ٦٥٧٩ دالوز ١٩٥١ — ٥١٨ ، استئناف باريس ٦ مارس =

يتفق على عكس ذلك ، التزاما بضمان سـلامة المستأجر وأفراد أسرته وأموالهم (٣٨) ، وبناء على ذلك قضت بأنه يجوز للمستأجر مطالبة المالك بتعويض الأضرار الناشئة من القصور فى صيانة المبنى بشرط أن يكون قد أعذره قانونا لاجراء أعمال الصيانة اللازمة طبقا لأحكام المسئولية العقدية (٣٩) ،ويكون الأمر كذلك حتى بالنســبة للأضرار التى تصيب الأشخاص المقيمين مع المستأجر أو الذين حضروا لزيارته (٤٠)، اذ أن المستأجر يعتبر أنه اشترط على المؤجر التزام السلامة هذا ليس بالنسبة لنفسه فحسب بل بالنسبة لهؤلاء الأشخاص أيضا .

كذلك استبعد تطبيق المـادة ١٣٨٦ مـدنى فى حالة تهدم البنـاء المعار ، وطبقت فى هذه الحالة المـادة ١٨٩١ التى تقصر مسئولية المعير عن الأضرار الناشئة من عيب الشىء المعـار على حالة علم المعير بهـذا العيب وعدم تبصيره المستعير به (٤١) .

يخلص من ذلك أن الراجح فى الفقه والقضاء الفرنسيين أن المواد ١٣٨٢ وما بعدها يستبعد تطبيقها كلمـا كان بين المضرور والمسئول عن

= ١٩٥٢ دالوز ١٩٥٢ — ٢٩٤ ، نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٧ — ٢ — ٩٧ ، (عرائض) أول ابريل ١٩٤١ سيرى ١٩٤١ — ١ — ١١٢ ، وانظر فى هذا المعنى ديمولومب جـ ٣١ نبذة ٦٥٩ ، لارومبيير المادة ١٣٨٦ نبذة ٢٣ ، نوران جـ ٢٠ نبذة ٦٤١ و ٦٤٤ ، اوبرى ورو ط ٥ جـ ٦ نبذة ٤٤٨ ص ٤٣٢ والهامش ١٤ ، بودرى لاكانتيزى وبارد فى الالتـزامات جـ ٤ ، لالو ط ٦ نبـذة ١١٥١ ، مارتين ص ٧٩ وما بعدها ، مازو جـ ٢ نبذة ١٠٤٦ و ١٠٤٧ ، بران ص ٣١٤ وما بعدها والاحكام التى أشار اليها ، فوزييه — هرمان فى التعليق على القانون المدنى جـ ٤ ط ٤ سنة ١٩٣٨ ص ٨٠٦ .

(٣٨) مازو جـ ٢ نبذة ١٠٤٧ .

(٣٩) استئناف نيم Nîmes ٢ يوليه ١٩٢٩ الاسبوع القانونى ١٩٢٩ ص ١٢١٦ ، لالو ط ٦ نبذة ٦٣٠ .

(٤٠) محـكمة مامير Mamers الابتـدائية ١٥ مارس ١٩٣٢ المجـلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٢ ص ٧٩٠ ، لالو ط ٦ نبذة ٦٣٠ ص ٤١٩ ونبذة ١١٥٢ ص ٦٥٧ .

(٤١) نقض (عرائض) أول ابريل ١٩٤١ سيرى ١٩٤١ — ١ — ١١٢ ، المجلة الفصلية ١٩٤١ ص ٦٠٩ .

الفعل الضار عقد وكان الضرر نتيجة الاخـلال بالتزام ناشىء عن هـذا العقد ، ويصدق ذلك سواء فيما يتعلق بحكم المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ أو فيما يتعلق بالمادة ١٣٨٤ وما يليها ، مع التحفظ فيما يتعلق بالاستثناءات التى تقدمت الاشارة اليها والتى مازال الخلاف قائما بشأنها .

(ثانيا) ــ فى القـانون المصرى :

(أ) فى ظل التقنينات الملغاة من سنة ١٨٧٥ الى سنة ١٩٤٩ :

بعد أن عرض نظرية عدم الخيرة فى دروسه فى المسئولية المدنية ، أبدى والتون انحيازه الى نظرية الخيرة بين المسئوليتين ، سواء فيمـا يتعلق بالمسئولية عن الفعل الشخصى ، أو فيما يتعلق بالمسئولية عن تهدم البناء (٤٢) .

ويروى جرانمولان أن المحاكم المصرية أقامت مسئولية المؤجر عن الأضرار التى أصابت المستأجر فى شخصه أو فى أمواله فى أغلب الأحوال على أساس أحكام الجنح وأشباه الجنح بالرغم من وجـود العـلاقة العقـدية بين المؤجر والمستأجر ، وأقامتها أحيـانا على أسـاس الخطأ

---

(٤٢) والتون فى دروسه فى المسئولية المدنية حيث يقول فى ص ٢٧ ان الخطأ يتمثل فى جميع الاحوال فى الاخـلال بواجب سابق ، فاذا كـان ذلك الواجب ناشئا فقط من عقد فلا يتحقق وجود الخطأ الا من طريق خرق ذلك العقـد breach of contract غير أنه اذا وجد الى جانب العقد واجب يقع على أحد طرفى العقد نحو الطرف الآخر ، فان قيام العقد لن يحول دون مساءلة الطرف الاول عما يحدثه من ضرر بسبب الاخلال بذلك الواجب ما لم يكن ذلك مشترط فى العقد ذاته ويكن هذا الشرط ذاته صحيحا ، ثم يستطرد بتطبيق ذلك على الضرر الذى يصيب مستأجر البنـاء بسبب عيب البنـاء ، واستنادا الى خلو القانون المصرى من نص مقابل لنص المادة ٢/١٧٢١ مدنى فرنسى الذى يقضى بأن المؤجر يسأل عن الضرر الذى يصيب مستأجر البناء بسبب العين المؤجـرة يخلص الى أن المؤجر فى مثل هـذه الحالة لا تكون مسئوليته فى القانون المصرى الا مسئولية تقصيرية (ص ٢٨) ، ثم يعرض بعد ذلك نظرية عدم الخيرة بين المسئوليتين وينتهى الى نبذها مستندا فى ذلك الى بعض آراء الفقه وأحكام المحاكم الفرنسية التى تؤيده (ص ٢٩) .

العقدى ، وأحيانا أخرى على أســاس الخطئين العقــدى والتقصيرى مجتمعين (٤٣) .

وكذلك قرر ريكول فى دروسه بقسم الدكتوراه فى الجامعة المصرية عن المسئولية المدنية أنه توجد مسئولية يمكن أن نسميها انها هى الأصل responsabilité de droit commun يخضع لهــا جميع الناس ويجوز للاتفاقات الخاصة تعديلها ولكنها لا تستطيع استبعادها أو هدمها كلية ، تلك هى المســئولية التقصيرية التى تعتبــر احــدى أسس النظــام الاجتماعى (٤٤) .

وقد اكتفى الأستاذ السنهورى فى الوجيز فى الالتزامات المنشور فى سنة ١٩٣٨ بوضع المسألة كالآتى : هل للمضرور الخيرة بين المسئوليتين بحيث يجوز له أن يختار من بينهما أيهما تكون أصلح له ؟ أم ان أحكــام المسئولية التقصيرية تصبح غير جــائزة التطبيق وتحل محلهــا أحكام المسئولية العقدية طالما يوجد عقد بين الطرفين يعين مسئولية كل منهما ؟

وبعد وضع السؤال على هذا النحو اكتفى بعرض الجدل الفقهى الدائر حوله دون تمحيص حجج كل من الفريقين ، وختم عرضه بقوله : يؤيد بعض الشراح الرأى الثانى ، ولكن الرأى الأول هو الراجح (٤٥) .

---

(٤٣) جرانمولان فى العقود فى القانون المصرى نبذة ٣٦٢ .

(٤٤) ريكول ، فى دروسه بقسم الدكتوراه فى المسئولية المدنية ، جامعة القاهرة ١٩٢٨ / ١٩٢٩ ص ١٧١ .

(٤٥) السنهورى ، فى الموجز فى الالتزامات القاهرة ١٩٣٨ نبــذة ٣٠١ ص ٣١٨ ، ويذكر سيادته من أنصار نظــرية الخيرة بين المســئوليتين التى يعتبرها أنها النظرية الراجحة فى الفقه بلانيول فى تعليق له فى دالوز ١٩٠٧ — ٢ — ٩٧ ، أوبرى ورو ط ٥ ص ٤٤٦ هــامش ٧ ، مصــطفى مــرعى فى المسئولية المدنية ، القاهرة ١٩٣٦ ص ٢٥ وبعض احــكام قديمــة للقضــاء الفرنسى والقضــاء المصرى ، ويشــير فى المعنى العكسى الى جوسران ج ٢ ص ٤٨٢ والى حكمى محكمة النقض الفرنسية الصادرين فى ٢١ نوفمبر ١٩١١ وفى ١١ يناير ١٩٢٢ الآنف ذكرهما فى هذا البحث .

ويبين من ذلك أنه تحاشى أن يبدى رأيا شخصيا فى المسألة ، ويبدو أن ذلك راجع الى أن نطاق كتابه الوجيز لم يكن يتيح له أن يبحث المسألة بحثا شخصيا متعمقا .

وبالعكس من ذلك عمد الأستاذ مصطفى مرعى فى مؤلفه فى المسئولية المدنية الى عرض كلتا النظريتين عرضا مفصلا والى تحليل حجمهما ثم انتهى بأن انحاز شخصيا الى نظرية الخيرة بين المسئوليتين واستند فى ذلك الى عدد من أهم أحكام المحاكم المصرية (٤٦) .

غير أنه يلاحظ أن الأحكام التى استند اليها الأستاذ مصطفى مرعى يمكن تصنيفها الى ثلاث طوائف : أولاها تشمل الأحكام التى اعتبرت مسئولية المؤجر عن الأضرار التى أصابت المستأجر فى شخصه أو فى ماله بسبب خطأ المؤجر أو تقصيره فى اجراء الترميمات اللازمة للعين المؤجرة مسئولية تقصيرية تقوم فى القانون المصرى على أساس المادة ١٥١ مدنى أهلى والمادة ٢١٢ مدنى مختلط ، وهى مسئولية لا يجوز استبعادها أو احلال المسئولية العقدية محلها ، نظرا لأن أحكام القانون المدنى المصرى التى تنظم عقد الايجار لا تفرض على المؤجر واجب اجراء أى مرمة فى العين المؤجرة (٤٧) .

والطائفة الثانية من الأحكام التى استند اليها الأستاذ مصطفى مرعى تشمل أحكاما قررت أن الشرط الوارد فى عقد الايجار باعفاء المؤجر من مسئوليته لا يكفى لرفع المسئولية عن هذا الأخير بالنسبة للأضرار التى ترجع الى خطأ ثبت وقوعه منه (٤٨) .

---

(٤٦) مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٢٢ وما بعدها نبذة ٢٧ .

(٤٧) انظر فى هذا المعنى استئناف الاسكندرية المختلطة ٢٠ فبراير ١٩٠٢ مجلة البيلتان B.L.J. ١٤ ص ١٥٤ ، ٢٤ اكتوبر ١٩٠٤ المجلة ذاتها ١٦ ص ١٣٢ ، ٥ يونيه ١٩٢٣ المجلة ذاتها ٣٥ ص ٤٨٥ .

(٤٨) استئناف مختلط ١٠ يناير ١٩٢٤ البيلتان ٣٦ ص ١٤٠ ، ٦ مايو ١٩٢٦ البيلتان ٣٨ ص ٣٩٦ ، أول أبريل ١٨٩١ البيلتان ٣ ص ٢٧١ .

أما الطائفة الثالثة ، فتشمل أحكاما صدرت بشأن مسئولية مصلحة السكك الحديدية فيما يتعلق بنشاطها فى نقل البضائع ، وقد قررت هذه الأحكام أن المادتين ٢٥ و ٢٦ من لائحة مصلحة سكك الحديد المصرية اللتين تضعان حدا لمسئولية المصلحة عن فقد البضائع المعهود اليها نقلها لا تنطبقان فى حالة فقد تلك البضائع بسبب سرقتها سواء حصلت السرقة بفعل أحد من مستخدميها أو بفعل الغير ، لأن واقعة السرقة فى كلا الفرضين المذكورين تدل على أن المصلحة لم تبذل فى السهر على البضائع المسلمة اليها لنقلها العناية الكافية ، وأن هذا التقصير يجعلها مسئولة عن فقد البضائع تطبيقا لحكم المادة ١٥١ مدنى أهلى والمادة ٢١٢ مدنى مختلط .

ومن الواضح أن الطائفة الأولى من الأحكام التى ساقها الأستاذ مصطفى مرعى تأييدا لرأيه ، لا تصلح دليلا على أخذ المحاكم بنظرية الخيرة ، لأن القضايا التى صدرت فيها لم تكن تتوافر فيها شروط المسئولية العقدية ، نظرا لأن القانون المدنى السارى وقتذاك كان يعفى المؤجر صراحة من كل التزام عقدى بإجراء أية مرمة فى العين المؤجرة ، فلم يكن ثمة مجال لتطبيق غير المسئولية التقصيرية . وبالتالى لم يكن ثمة محل للخيرة بين المسئوليتين .

والطائفة الثانية من تلك الأحكام كانت متأثرة بما جرى عليه القضاء فى ظل التقنين المدنى الملغى بشأن أثر اتفاقات الاعفاء من المسئولية المدنية ، حيث كان القضاء يجعل هذا الأثر مقصورا على قلب عبء الاثبات ، فكان مؤدى هذا القضاء ان الشرط الوارد فى عقد الايجار

---

(٤٩) استئناف مختلط ١٥ مايو ١٩٢٠ البيلتان ٢٢ ص ٣٢٠ ، ٢٩ ديسمبر ١٩٢٠ البيلتان ٣٣ ص ٩٨ ، ٨ ديسمبر ١٩٢١ البيلتان ٣٧ ص ٤٣٤ ، استئناف القاهرة ٢٥ يوليه ١٩٢٢ المحاماه ٢ — ٤٨٠ ، ١٠ فبراير ١٩١٠ المجموعة الرسمية للمحاكم الوطنية ٢ ص ٢٤٥ ، القاهرة الوطنية الابتدائية (بهيئة استئنافية) ٢ نوفمبر ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٠٣ .

باعفاء المؤجر من المسئولية لا يمنع المستأجر من مساءلة المؤجر بشرط قيامه باثبات خطأ هذا الأخير .

ويمكن أن يقال مثل ذلك تماما بالنسبة الى الطائفة الثالثة من الأحكام التى استند اليها الأستاذ مصطفى مرعى فى تأييد رأيه نظرا لأن الأحكام كانت تسوى بين اتفاقات الحد من المسئولية العقدية واتفاقات الاعفاء منها ، فتجيز مساءلة المدين فى كل منهما مساءلة كاملة متى نهض الدائن بعبء اثباته خطأ المدين .

ويجب أن نبادر الى التنبيه منذ الآن الى أن التقنين المدنى الحالى المعمول به منذ ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ قد عدل الأسس التى قامت عليها جميع هذه الأحكام بطوائفها الثلاث . فمن جهة نصت المادة ٥٦٧ من التقنين المدنى الحالى على التزام المؤجر التزاما عقديا بصيانة العين المؤجرة وصار نصها يسمح باعتبار التقصير فى الصيانة اخلالا بالتزام عقدى يوجب المسئولية العقدية ، خلافا لما كان عليه الأمر فى التقنينين الملغيين ، ومن جهة أخرى فان المادة ٢١٧ فقرة ثانية من التقنين الحالى التى أجازت صراحة اتفاقات الاعفاء من المسئولية العقدية لم تقتصر على الأثر المحدود الذى كانت ترتبه أحكام المحاكم على هذه الاتفاقات بل جعلت لها قوة اعفاء المدين اعفاء تاما من مسئوليته ، فقضت على الحجة الرئيسية التى كان أنصار الخيرة بين المسئوليتين قد أقاموا عليها رأيهم .

وفضلا عن ذلك فان قضاء المحاكم الصادر فى ظل التقنينين الملغيين لم يخل من بعض أحكام أخذت بعدم الخيرة بين المسئوليتين ، وقد أشار الأستاذ مصطفى مرعى نفسه الى اثنين منها (٥٠) ، ثم عرض لمسئولية مالك البناء ازاء مستأجره فى حالة تهدم البناء ، وأبرز الفرق بين القانون الفرنسى والقانون المصرى فيما يتعلق بالالتزام بصيانة البناء ورتب

---

(٥٠) الموسكى الجزئية ٢٨ فبراير ١٩١٩ الحقوق ٣٥ — ١٩ ، استئناف القاهرة الوطنية ٢ مايو ١٩٢٢ المحاماه ٣ — ٢٩ — ١٢ .

على أن المؤجر فى القانون المصرى ليس ملزمـا باجراء أى مرمة ، أن مسئوليته عن تهدم البناء لا يمكن أن تكون الا مسئولية تقصيرية (٥١) ، أى أن مسألة الخيرة بين المسئوليتين لا محل لها فى هذا المجال بأى حال .

وحتى قبيل اصدار التقنين المدنى الحالى انتصر الأستاذ حسين عامر لنظرية الخيرة بين المسئوليتين (٥٢) ، ولو أنه — كما سيجىء فيما يلى — قد عدل عن ذلك فى ظل التقنين الحالى (٥٣) .

أما أحكام المحاكم فى ظل التقنينين الملغيين ، فالبادى أنهـا أخذت بنظرية الخيرة ، حيث نجدها فيهـا بالاضافة الى الأحـكام التى ذكرها الأستاذ مصطفى مرعى والتى صنفناها فى ثلاث طوائف ، أحكاما أخرى بعضها على الأقل يأخذ صراحة بنظـرية الخيرة (٥٤)، فى حين أن البعض الآخر وان كان يمكن حمله على هذا المعنى فانه يمكن أيضـا حمله على أنه لم تكن فى وقائع الدعاوى التى صدر فيهـا ما يقتضى تحـديد نوع المسئولية (٥٥) . ففيما عدا حكمين يمكن عدهمـا ضمن هـذه الطائفة

---

(٥١) مصطفى مرعى ص ٢٧٦ وما بعدها .

(٥٢) حسين عامر ، فى القوة الملزمة للعقد ، القاهرة ١٩٤٩ نبذة ٢٦٤ و ٢٦٥ ص ٢٤٢ و ٢٤٣ .

(٥٣) حسين عامر ، فى المسئولية المدنية ، القاهرة ١٩٥٦ نبـذة ١٦١ ص ١٣٧ .

(٥٤) انظر على سبيل المثـال استئناف الاسكندرية الوطنية ٥ فبراير ١٩٥٠ (فى قضية كان يسرى عليها التقنين الملغى) المحاماه ٣٠ — ٥٠١ — ٢٧٦ ، مع تعليق منا فى مجلة التشريع والقضاء (القاهرة) س ٢ ص ٢٧٧ رقم ١١٠ .

(٥٥) القاهرة الابتدائية ٢ يناير ١٩٥٠ المحاماه ٣١ — ٨٠٠ — ٢٤٤ ، ٢ يونيه ١٩٥٢ فى الدعوى رقم ١٦٧٨ سـنة ٥١ ق والحـكم الصـادر فى استئنافها من استئناف القاهرة ٢١ مايو ١٩٥٧ فى قضية كان يسرى عليهـا التقنين الملغى منشور فى مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الاولى العدد ٤ ص ١٩٦ ، ولنا تعليق عليه فى المجلة المذكورة السنة الثـالثة العدد الثانى ص ١١١ وما بعدها ، انظر أيضا الاحكام التى ستأتى الاشارة اليهـا بشأن المسئولية عن فعل الحيوان وأيضـا نقض مدنى (مصرى) ١٥ مايو ١٩٥٨ مجموعة المكتب الفنى لتبويب أحكام محكمة النقض المدنية ٩ — ٤٤١ — ٥١ .

الأخيرة (٥٦)، ، يمكن القول أن محـــكمة النقض لم تعرض لهــا فرصة الفصل صراحة فى مسألة الخيرة أو عدمها قبل بدء العمل بالتقنين المدنى الحالى •

أما أحكام محاكم الموضوع ، فانها يمكن القول بأنها فيمـا يتعلق بالمسئولية عن فعل الغير والمسئولية عن فعل الأشياء لم تكن ثابتة ، فقد قضت محكمة استئناف القاهرة بشأن مسئولية المربى عن الضرر الـــذى أحدثه أحد تلاميذه بتلميذ آخر انها مسئولية عقدية ولكنها أجازت للمربى أن يدفع المسئولية عنه باقامة الدليل على انتفاء الخطأ من جانبه أو على أن القيام بالرقابة اليقظة لم يكن يحول دون وقوع الفعل الضار (٥٧) ، أى كما لو كانت المسئولية تقصيرية ، وقضت أحكام أخرى بتطبيق أحكام المســئولية التقصيرية عن فعل الحيوان (المـــادة ١٥٣ مدنى أهلى) على الضرر الذى أحدثه حيوان بالعامل المكلف من قبل مالك الحيوان بقيادته

---

(٥٦) نقض مدنى أول يناير ١٩٤٨؛ المحاماة ٢٩ — ٩٠ — ٧٩ وفى هذا الطعن كان الطاعن قـــد نعى على الحكم المطعون فيـــه أنه لم يحـــدد نوع المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، فى حين أنها لو كانت عقدية ، لم يكن يجوز اجابة المدعى الى طلب التعويض لان دعواه لم يسبقها اعذار المدين ، فقضت محكمة النقض برفض الطعن لكونه غير منتج ، وذلك لان موضـــوع الدعوى كان الاخلال بالتزام بالامتناع عن عمل ، ولانه اذا كان الاعذار غير ضرورى فى حالة المسئولية التقصيرية ، فـــانه غير ضرورى أيضـــا فى حالة المسئولية العقدية المترتبة على الاخلال بالتزام بامتناع .

وأيضا نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى المشار اليهـــا آنفا ٢ — ٢٧٠ — ٥٢ وكان موضوع هـــذه القضية تعويض الضرر الـــذى أصاب مستأجر سفينة بسبب غرق هذه الاخيرة ، وكانت دعواه قد رفضت من محكمة الموضوع ، فطعن فى الحكم بالنقض ونعى عليه أنه التفت عن بحث مسئولية مؤجر السفينة عن فعل تابعه (قبطان السفينة) المكلف بصـــيانة السفينة وباخطار (صاحبها) المؤجر عن كل ما قد يتهـــدد السفينة ويستلزم ترميمها لتفادى غرقها ، وقد قضت محكمة النقض أيضا برفض الطعن لكونه غير منتج حيث ان الحكم المطعون فيه قد أثبت على عاتق المستأجر خطأ يتمثل فى أنه بعد أن شعر بالخطر الذى يهـــدد السفينة بالغرق اغفل اتخاذ ما فى وسعه من تدابير لتفـــادى الغرق أو لاخطـــار مالك السفينة بذلك ، وهـــو خطأ من شأنه ان يدفع عن مالك السفينة مسئوليته العقـــدية ، وكـــذلك مسئوليته التقصيرية عن فعل تابعه .

(٥٧) استئناف القاهرة ٢٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماه ٢٠ — ١١٦٦ — ٤٩٢ وتعليق لنا فى القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٤ وما بعدها .

وصيانته والعناية به (٥٨) بالرغم من قيام عقد عمل بين هذا العامل ومالك الحيوان من شأنه أن ينشىء فى ذمة ذلك المالك التزاما بضمانه سلامة العامل ، وقضت أحكام أخرى بمثل ذلك فيما يتعلق بالأضرار التى تصيب مستأجرى المبنى بسبب تهدمه (٥٩) .

وكان من رأيى مع بعض الزملاء — فى ظل التقنينين الملغيين عدم الخيرة بين المسئوليتين لنفس الأسباب التى تقدم أن الفقه الفرنسى أقام عليها هذا الرأى (٦٠) .

وقد رأينا أن تقنيننا المدنى القائم قد مهد السبيل للاخذ بهذا الرأى ، وسنبين فيما يلى الطريق الذى سلكه فى هذا الشأن كل من الفقه والقضاء المصريين فى ظل التقنين القائم .

---

(٥٨) استئناف القاهرة ٣ ديسمبر ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ — ٢٧ — ٢٠ ، ١٥ مايو ١٩٢٩ المحاماه ٩ — ١٠٨٠ — ١٨٥ ، ١٧ يونيه ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٥٢٩ — ٢٦١ ، استئناف اسيوط ١٥ ابريل ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ — ٨٠ — ٤٤ ، القاهرة الابتدائية ٢ نوفمبر ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ — ٧٩ — ٤٨ ، انظر أيضا نقض مدنى ١٤ فبراير ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لتبويب أحكام النقض المدنى ٣ — ٥٠٢ — ٨٥ ، (وقد طبق المادة ١٥٣ مدنى قديم لتعويض الضرر الشخصى الذى اصاب وارث عامل قتل بفعل الحيوان ، فألزم حارس الحيوان بهذا التعويض) ، قارن الاحكام الفرنسية التى اشار اليها ديموج وما وجهه اليها لالو من نقد (راجع الهامش ٢٨ فيما تقدم) .

(٥٩) انظر الاحكام التى اشار اليها مصطفى مرعى ص ٢٢ وما بعدها ، ويضاف اليها استئناف مختلط ٥ يونيه ١٩٢٣ البيلتان ٣٥ ص ٤٨٥ ، ١٠ يناير ١٩٢٤ البيلتان ٣٦ ص ١٤٠ .

(٦٠) انظر مؤلفنا فى الفعل الضار سنة ١٩٤٨ ص ١٧ وبهجت بدوى فى القانون والاقتصاد س ٢ ص ١٤٠ هامش ١ ، استيفانى (جاستون) فى الخيرة بين المسئوليتين مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٧٣ وما بعدها وبوجه خاص ص ١٢٩ .

(ب) فى ظل التقنين المدنى القائم :

(١) فيما يتعلق بالمسئولية عن الفعل الشخصى :

آراء الشراح :

كان الأستاذ السنهورى أول من قرر فى ظل التقنين المدنى القائم فى كتابه الوسيط أنه يغير رأيه وينتقل من صف، مؤيدى الخيرة بين المسئوليتين الى صف معارضيها (٦١)، فهو بعد أن عرض وجهى الرأى انحاز الى جانب رفض دعوى الدائن الذى يطالب بتعويض الضرر الذى أصابه من اخلال بالتزام عقدى على أساس المسئولية التقصيرية . أما الأسباب التى استند اليها فى ذلك فهى أسباب كان يمكن الاستناد اليها حتى فى ظل التقنينين الملغيين وهى أسباب تمت فى الغالب الى الحالات التى لا تثور فيها مسألة الخيرة اطلاقا ؛ لانعدام أى التزام قانونى يمكن أن يرد عليه الاخلال بمجرد عدم تنفيذ التزام عقدى (٦٢) ، وقد تحاشى الأستاذ السنهورى الادلاء برأى صريح فيما يتعلق بالاستثناءات التى سلم بها الفقه الفرنسى خروجا على قاعدة عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين ، تلك الاستثناءات الخاصة بالحالات التى يكون فيها الاخلال بالتزام عقدى فى الوقت ذاته جريمة جنائية أو غشا أو خطأ جسيما .

---

(٦١) السنهورى فى الوسيط جـ ١ ط ١ سنة ١٩٥٢ ص ٧٦١ ، ط ٢ سنة ١٩٦٤ ص ٨٦٠ الى ص ٨٦٢ .

(٦٢) وفى هذا يقول بنص الحرف الواحد : ومهما يكن من انقسام الفقه والقضاء ، فى فرنسا وفى مصر ، فى هذه المسألة الهامة ، فنحن ناخذ بالرأى الذى يقول بالا خيرة للدائن ، وليس له الا دعوى المسئولية العقدية ، ذلك أن الالتزام العقدى الذى صار المدين مسئولا عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاما فى ذمته . فلو فرض أنه قبل ابرام العقد لم يقم به ، لم يكن مسئولا عن ذلك ، لا مسئولية عقدية لان العقد لما يبرم ، ولا مسئولية تقصيرية اذ لا خطأ فى عدم قيامه بأمر لم يلتزم به . فاذا أبرم العقد ، قام الالتزام فى الحدود التى رسمها هذا العقد ، وهى حدود لا تترتب عليها الا المسئولية العقدية ، وليس للدائن ان يلجأ الى المسئولية التقصيرية ، اذ هى تفترض أن المدين قد أخل بالتزام فرضه القانون والالتزام فى حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد .

ولكنه يذكر حالة تجوز فيها الخيرة بين المسئوليتين ، ولأنه لا يرى فيهـا تطبيقا للقاعدة العامة فانها ليس لها مبرر غير اعتبارها استثناء من مبدأ عدم الخيرة مقصورا على حالة غش المدين ، وخطئه الجسيم • تلك هى حالة أمين نقل البضـائع الذى يسرق شيئا من البضائع المعهود اليـه نقلها (٦٣) •

وفيما بعد عند اصداره كتابه الوجيز الجديد فى سنة ١٩٦٦ عرض الأستاذ السنهورى الخلاف الدائر حول الاستثناءات المذكورة فى افاضة ، ويبدو أنه انتهى الى رفض هـذه الاستثناءات ، أى الى رفض نظـرية الخيرة رفضا باتا فى جميع الأحوال (٦٤) ، الأمر الذى يؤدى الى رفض

---

(٦٣) ويقول الاستاذ السنهورى فى المرجع السابق ذاته عقب ما نقلناه عنه فى الهامش السابق :

« ويتبين من ذلك أن الخيرة لا تكون الا فى التزام فرضه القانون والعقد معا ، فامين النقل اذا سرق البضاعة التى ينقلها يكون قد أخل بالتزامه العقدى الناشىء من عقد العمل ، فتتحقق مسئوليته العقدية ، ويكون فى الوقت ذاته قد أخل بالتزامه القانونى الذى يحرم عليه السرقة حتى لو لم يوجد عقد النقل. فتتحقق مسئوليته التقصيرية ، وللدائن أن يختار بين هاتين المسئوليتين •

ولعله يريد ان يقول ان مسألة الخيرة بين المسئوليتين لا تثور الا اذا كان الفعل الضار يشكل فى الوقت ذاته اخلالا بالتزام قانونى واخلالا بالتزام عقدى وان الخيرة تكون جائزة عندما يشكل الاخلال بالالتزام العقدى جريمة جنائية أو يكون نتيجة غش من المدين •

(٦٤) وهو يقول فى ذلك بنص الحرف الواحد :

« ومن الفقهاء من يستثنى حالة ما يكون الاخـلال بالالتزام التعـاقدى جريمة جنائية أو يكون راجعا الى غش المدين ، فيكون للدائن فى هذه الحالة أن يختار بين المسئوليتين ، ويدللون على ذلك بان المدين اذا ارتكب جريمـة جنائية أو جريمة مدنية (الغش) ، فانه يكون بذلك قد خرق نطاق العـلاقة العقدية وعاد الى حظيرة العلاقات التى ينظمها القانون دون ارادة الافراد ، فيكون جزاء عدم وفائه بالتزامه التعاقدى تحقق مسئوليته العقدية ، وجزاء ما ارتكبه من غش فى الاخلال بهذا الالتزام تحقق مسئوليته التقصيرية ، ومن ثم يكون للدائن الخيـار بين المسئوليتين (سليمان مرقس فى الفعل الضـار ص ٢٤ و ٢٥ ، وانظر قريبـا من هـذا الرأى الوسيط للمؤلف ج ١ فقـرة ٥١٥) . ويذهب فقهاء آخرون — ويبـدو أنهم على صواب فيمـا يذهبون اليه — الى أنه حتى فى حالة الجريمة الجنائية أو الغش ، ما دمنـا بصـدد الاخلال بالتزام تعاقدى لا يجـوز الالتجاء الى المسـئولية التقصيرية ، اذ المسئولية العقدية فى هذه الحالة تكفى ، فهى تعوض حتى عن الضرر غيـر المتوقع ، ويكون شرط الاعفاء منها باطلا ، وهاتان هما الميزتان الجوهريتان =

الخيرة حتى فى المثل الذى سبق أن قال بها فيه وهو حالة سرقة أمين النقل البضائع التى عهد اليه بنقلها .

وكذلك الأستاذ حسين عامر هو أيضا قد هجر فى كتاب المسئولية المدنية (سنة ١٩٥٦) الرأى الذى سبق أن قال به فى كتاب القوة الملزمة للعقد (سنة ١٩٤٩) ، وأصبح يعتنق مبدأ عدم الخيرة بين المسئوليتين مع التسليم بالاستثناء منه فى حالة الخطأ الجنائى والغش (٦٥) .

وكذلك الأستاذ أبو ستيت ، فقد انضم فى الطبعة الثانية من كتابه فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٤ الى نظرية عدم الخيرة ، فهو قد اعتنق حجج جوسران وردد عباراته ذاتها بقوله : ان المسئولية العقدية تطرد المسئولية التقصيرية . وهو يرى أن هذا المبدأ مطلق ولا يحتمل استثناء . فالمسئولية فيما بين المتعاقدين لا يمكن أن تكون مسئولية تقصيرية ، ولو كان الاخلال بالتزام المدين يشكل خطأ جنائيا أو كان راجعا الى غش منه ، فأمين نقل البضائع الذى يختلس بنفسه البضائع المعهود اليه نقلها لا تجوز مساءلته مدنيا الا من طريق دعوى المسئولية العقدية (٦٦) .

ويتفق سائر الشراح الذين كتبوا فى هذا الموضوع منذ بدء العمل بالقانون المدنى الحالى على مبدأ عدم الخيرة بين المسئوليتين ولكنهم

= اللتان للمسئولية التقصيرية ، ثبتتا هنا للمسئولية العقدية ايضا ، فلا جدوى من الانتقال الى المسئولية التقصيرية . واذا بقيت فروق أخرى بين المسئوليتين ، كالتضامن ، فهذه لا تبرر اقحام المسئولية التقصيرية فى منطقة المسئولية العقدية (السنهورى فى الوجيز ج ١ سنة ١٩٦٦ ص ٣٠٠ هامش ٢) .

(٦٥) حسين عامر فى المسئولية المدنية سنة ١٩٥٦ نبذة ١٦١ فيما يتعلق بالمبدأ ونبذة ١٦٥ فيما يتعلق بالاستثناءات .

(٦٦) أبو ستيت (حشمت) مصادر الالتزام ط ٢ سنة ١٩٥٤ ص ٣٩٢ .

(٦٧) أنظر كامل مرسى فى الالتزامات ج ٢ سنة ١٩٥٥ ص ٤٢ نبذة ١٦ ، أنور سلطان فى الالتزامات ج ١ نبذة ٤٠٨ ص ٣٩٩ الى ٤٠١ ، حجازى فى مصادر الالتزامات غير العقدية سنة ١٩٥٨ ص ٢١ نبذة ٦٣٦ ، الصده فى مصادر الالتزامات سنة ١٩٥٨ ص ٤٤٥ ، لبيب شنب فى المسئولية الناشئة =

ينقسمون فيما يتعلق بالاستثناءات التى ترد على هذا المبدأ • فالبعض يلزم الصمت فيما يتعلق بهذه الاستثناءات (٦٨)، والبعض الآخر يعتنق المبدأ بصفة مطلقة ولا يسلمون بأى استثناء منه (٦٩) • ونكاد نكون وحدنا — مع الأستاذ حسين عامر — الذين نسلم بجواز الخيرة بصفة استثنائية فى حالتى الخطأ الجنائى والغش مع قياس الخطأ الجسيم على الغش (٧٠) • وقد كنا أول من قال بذلك حتى فى ظل التقنينين الملغيين فى الطبعة الأولى من كتابنا فى الفعل الضار سنة ١٩٤٨ نبذة ١٤ ص ١٧ •

وسنرى فيما يلى أن هذا الرأى الأخير هو الذى رجح فى القضاء واعتمدته محكمة النقض صراحة فى أحدث أحكامها •

(ب) موقف القضاء :

فى حكم حديث نسبيا قضت محكمة النقض بتاريخ ٣١ مايو ١٩٥٦ فيما يتعلق بمسئولية ناقل البضائع أن أمين النقل يخضع للمسئولية العقدية بسبب فقد البضائع المعهود اليه نقلها وأنه تبعا لذلك لا تقبل

= عن الاشياء رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٥٧ نبذة ١٧٧ ، أنظر ايضا مؤلفاتنا الاتية : الفعل الضار ط ١ سنة ١٩٤٨ ص ١٧ نبذة ١٤ ، ط ٢ سنة ١٩٥٦ ص ٢٤ نبذة ١٦ ، فى مصادر الالتزامات جـ ١ سنة ١٩٥٧ ص ٤٨٥ نبذة ٣٧١ ، موجز الالتزامات سنة ١٩٦٢ ص ٣٣٥ ، دروس لطلبة الدكتوراه فى أركان المسئولية المدنية سنة ١٩٥٥ ص ٣٧ نبذة ٥٠ .

(٦٨) أنور سلطان ، فى مصادر الالتزامات نبذة ٤٠٨ ص ٣٩٩ الى ص ٤٠١ ، حجازى فى مصادر الالتزامات غير العقدية نبذة ٦٣٦ ص ٢١ ، لبيب شنب فى المسئولية الناشئة عن الاشياء سنة ١٩٥٧ نبذة ١٧٧ .

(٦٩) كامل مرسى ، فى الالتزامات جـ ٢ ص ٤٢ نبذة ١٦ ، أبو ستيت (حشمت) فى مصادر الالتزامات نبذة ٤١٩ ص ٣٩٢ ، الصده فى مصادر الالتزامات ص ٤٤٥ .

(٧٠) حسين عامر ، فى المسئولية المدنية سنة ١٩٥٦ نبذة ١٦٥ ، مولفنا فى الفعل الضار ط ١ سنة ١٩٤٨ نبذة ١٤ ص ١٧ ، ط ٢ سنة ١٩٥٦ ص ٢٤ نبذة ١٦ ، دروس لطلبة الدكتوراه فى أركان المسئولية المدنية سنة ١٩٥٥ نبذة ٥٠ ص ٣٧ ، فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ٣٧١ ص ٤٨٥ ، موجز الالتزامات سنة ١٩٦٤ نبذة ٣٣٥ ص ٣٠٢ .

الدعوى قبله الا اذا رفعت فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ١٠٤ من قانون التجارة (وهو ١٨٠ يوما بالنسبة الى النقل داخل مصر وسنة بالنسبة الى النقل الى الخارج)، وان الدعوى التى ترفع بعد هذا الميعاد لا تكون مقبولة الا اذا أثبت المدعى أن فقد البضاعة المشحونة راجع الى غش من أمين النقل أو من أحد تابعيه أو الى خيانة أمانة من جانب أحدهم، اذ تصبح المسئولية حينئذ ليست عقدية ، بل تقصيرية تقوم على أساس خطأ المدعى عليه (٧١) .

ورددت محكمة النقض هذا المبدأ ذاته وما يرد عليه من استثناء بعد ذلك ببضع سنوات فى حالة مشابهة تمام الشبه للحالة السابقة . فقالت فى حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ نوفمبر ١٩٦٥ أن مسئولية أمين نقل البضائع هى فى الأصل مسئولية عقدية تتقادم بانقضاء الأجل المنصوص عليه فى المادة ١٠٤ من قانون التجارة ، ولكن اذا ارتكب أمين النقل غشا أو خيانة أمانة ، تقوم مسئوليته التقصيرية عن عمله غير المشروع ولا تتقادم الا طبقا للأحكام المتعلقة بتقادم دعوى المسئولية التقصيرية (٧٢).

---

(٧١) نقض مدنى ٣١ مايو ١٩٥٦ المحاماة ٣٧ — ٦٧٨ — ٣٢٦ مجموعة المكتب الفنى لاحكام النقض المدنى ٧ — ٦٤٢ — ٨٨ وقد جاء فيه ان مسئولية امين النقل مسئولية تعاقدية . فاذا لم يقم بتسليم البضاعة الى المرسل اليه ، كان مسئولا عن نتيجة اخلاله بالتزامه ، ولا يدرأ عنه هذه المسئولية الا أن يثبت ان عدم تسليم البضاعة أو ضياعها يرجع الى سبب قهرى لا يد له فيه ، وانما ذلك مشروط بأن ترفع على امين النقل دعوى المسئولية فى غضون المدة التى حددها قانون التجارة فى المادة ١٠٤ . واذا رفعت دعوى المسئولية على امين النقل بعد المدة المحددة فى المادة ١٠٤ من قانون التجارة وتمسك أمين النقل بالتقادم القصير الذى تقرره هذه المادة ، فعلى المرسل اذا اراد أن يتفادى الحكم بسقوط حقه بهذا التقادم ان يقيم هو الدليل على أن ضياع البضاعة كان مرجعه غشا أو خيانة وقعت من جانب امين النقل او عماله ، اذ ان مسئولية امين النقل فى هذه الحالة ليست مسئولية تعاقدية بل مسئولية خطئية قوامها خطأ المدعى عليه .

(٧٢) نقض مدنى ٣٠ نوفمبر ١٩٦٥ مجموعة المكتب الفنى لتبويب أحكام النقض ١٦ — ١١٦٠ — ١٨٢ وقد جاء فيه : « ان مفاد المادة ١٠٤ من قانون التجارة خضوع دعوى المسئولية المترتبة على تخلف أمين النقل عن تنفيذ الالتزامات المتولدة من عقد النقل للتقادم المبين بها (١٨٠ يوما) . أما اذا صدر من الناقل أو تابعيه غش او خيانة ، فان الدعوى تستند فى هذه الحالة =

وأصدرت محكمة النقض فى العام ذاته حكما آخر فى شأن مسئولية أمين نقل البضائع أيضا أكدت فيه المبدأ ذاته وأشارت الى الاستثناء منه ولو أن وقائع الدعوى لم يكن فيها ما يدعو الى هذه الاشارة الأخيرة ، اذ قالت فيه بنص الحرف الواحد أنه وقد اعتبرت الطاعنة (المرسل اليها) طرفا ذا شأن فى سند الشحن ، فان العلاقة بينها وبين الشركة المطعون ضدها (الناقلة) يحكمها سند الشحن وحده . وهذا السند هو الذى يحدد التزام الشركة المطعون ضدها وفى الحدود التى رسمها ذلك السند . وهى حدود لا تترتب عليها الا المسئولية العقدية . وليس للطاعنة أن تلجأ الى المسئولية التقصيرية اذ أساسها الاخلال بالتزام فرضه القانون . والالتزام فى خصوصية النزاع لا مصدر له الا سند الشحن مادامت الطاعنة لم تدع أن العجز نتج عن اقتراف المطعون ضدها لفعل يحرمه القانون (٧٣) .

هذه الأحكام تسمح لنا بأن نؤكد بأن قضاءنا قد استقر أخيرا — فيما يتعلق بالمسئولية عن الفعل الشخصى — على مبدأ عدم الخيرة بين المسئوليتين فيما عدا حالة الغش والخطأ الجنائى .

وسنرى فيما يلى أن الأمر كذلك أيضا فيما يتعلق بالمسئولية عن فعل الغير وبالمسئولية الناشئة عن الأشياء .

= الى الفعل الضار ويكون اساسها المسئولية التقصيرية وتتقادم وفقا للقواعد الواردة بشأن هذه المسئولية .

(٧٣) نقض مدنى ٢٥ فبراير ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض ١٦ — ٢٢٠ — ٣٥ وقد جاء فيه انه وقد اعتبرت الطاعنة (المرسل اليها) طرفا ذا شأن فى سند الشحن ، فان العلاقة بينها وبين الشركة المطعون ضدها (الناقلة) يحكمها سند الشحن وحده . وهذا السند هو الذى يحدد التزام الشركة المطعون ضدها وفى الحدود التى رسمها ذلك السند ، وهى حدود لا تترتب عليها الا المسئولية العقدية ، وليس للطاعنة ان تلجأ الى المسئولية التقصيرية اذ اساسها الاخلال بالتزام فرضه القانون ، والالتزام فى خصوصية النزاع لا مصدر له الا سند الشحن مادامت الطاعنة لم تدع أن العجز نتج عن اقتراف المطعون ضدها لفعل يحرمه القانون .

(٢) فيمـا يتعلق بالمسئولية الناشئة عن فعـل الغير أو عن فعل الأشياء :

(أ) آراء الشراح :

فى ظل التقنين القائم انعقد اجماع الفقه على رفض نظرية الخيرة بين المسئوليتين ، سواء فى مجال المسئولية عن الفعـل الشخصى أو فى مجال المسئولية عن فعل الغير الـذين يكونون فى رعاية الشخص أو عن فعل الأشياء التى تكون فى حراسته • فمادام يوجد عقد بين المضرور ومرتكب الفعل الضار ومادامت شروط المسئولية العقدية متوافرة ، فان المضرور لا يجوز له من حيث المبدأ أن يتمسك بالمواد ١٧٣ وما بعـدها من التقنين المدنى القائم •

ففيما يتعلق بمسئولية المرء عن أفعـال الأشـخاص الموجودين فى رعايته يقرر الأستاذ السنهورى أن مسئولية المعلم عن الفعل الضـار الذى يصيب أحد تلامذته بسبب فعل تلميذ آخر تكون مسئولية عقـدية عن فعل الغير • وقد أبرزنا نحن ذلك فيما مضى بمناسبة حكم لمحـكمة استئناف القاهرة صادر فى ٢٤ ديسمبر ١٩٣٩ (المحاماة ٢٠ — ١١٦٦ — ٤٩٣) ، واستنبطنا منه — خلافا لما ورد فى الحكم المشـار اليه — أن المعلم لم يكن يجوز له أن يدفع مسئوليته عن فعل الغير بمجرد اقامتـه الدليل على انتفاء الخطأ من جانبه ، وانما كان يلزمه فى ذلك أن يثبت أن الحادث راجع الى سبب أجنبى عنه لا يد له فيه (٧٥) •

وكذلك الأمر فيما يتعلق بمسئولية المرء عن الأضرار الناشئة بفعل

---

(٧٤) السـنهورى فى الوسـيط جـ ٢ ط ٢ سـنة ١٩٦٤ ص ١١٣٣ فى الهامش •

(٧٥) تعليق لنا فى القانون والاقتصاد س ١٣ سنة ١٩٤٣ ص ٣٤٤ الى ٣٤٦ •

الأشياء التى تكون فى حراسته ، حيوانات كانت أم مبانى أم أشياء أخرى غير حية (٧٦) .

(ب) موقف القضاء :

منذ اصدار التقنين القائم ، لم يثر أمام محاكمنا أمر المسئولية العقدية عن فعل الأشياء الا نادرا ، فقد عثرنا على حالة واحدة جديرة بالاهتمام قضت فيها محكمة النقض بتاريخ ١٦ أبريل ١٩٦٨ بنقض حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر فى ١٠ مارس ١٩٦٤ فى الاستئناف رقم ٥٩٥ سنة ٧٩ ق ، الذى كان قد أيد حكما صدر من محكمة القاهرة الابتدائية فى الدعاوى أرقام ١٧٥٠ و ١٧٥١ و ١٧٥٢ و ١٧٥٣ سنة ١٩٥٨ مدنى كلى القاهرة ، وهى دعاوى تعويض أقيمت من مستأجرى مبنى ضد مالكه بسبب الأضرار التى أصابتهم بسبب تهدم ذلك المبنى جزئيا ، وكان المدعون فيها قد أسسوا دعاواهم على أساس المادة ١/١٧٧ مدنى التى تنص على المسئولية المفترضة لحارس البناء عما ينشأ من أضرار بسبب تهدمه . وقد دفع المدعى عليه هذه الدعاوى استنادا الى وجود تعاقدات بينه وبين المدعين تجعل دعاواهم غير مقبولة على أساس المسئولية التقصيرية ، بما فيها المسئولية المقررة بنص المادة ١/١٧٧

---

(٧٦) انظر فيما يتعلق بالمسئولية عن فعل الحيوان ، السنهورى فى الوسيط جـ ١ ط ٢ نبذة ٧٠٤ ص ١٢٠١ ، حجازى فى مصادر الالتزامات غير العقدية سنة ١٩٥٨ نبذة ٨١٢ .

وانظر فيما يتعلق بالمسئولية عن فعل المبانى السنهورى فى الوسيط المرجع السابق نبذة ٧٢٢ ص ١٢١٩ ، ابو ستيت المرجع السابق نبذة ٥٤٧ ص ٥٠٣ ، أنور سلطان نبذة ٥٦٠ ص ٥٢٥ ، الصده ص ٥٧٢ ، حجازى نبذة ٨٣٦ و ٨٣٧ ص ١٨٣ ، ومؤلفنا فى الفعل الضار ط ٢ سنة ١٩٥٦ ، ومصادر الالتزامات سنة ١٩٥٨ ص ٦٧١ نبذة ٥٠٧ .

وانظر فيما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن فعل الاشياء السنهورى جـ ١ نبذة ٧٣٥ ص ١٢٤٢ ، لبيب شنب فى رسالته ص ٢٠٠ ، الصده ص ٥٨٥ حجازى نبذة ٨٩٩ و ٩٠٠ ، حسين عامر فى المسئولية المدنية سنة ١٩٥٦ ص ٧٧٦ نبذة ٧٦٧ ومؤلفنا فى الفعل الضار ط ٢ سنة ١٩٥٦ نبذة ١٦٧ ص ٢٢٠ ، ومصادر الالتزامات سنة ١٩٥٨ نبذة ٥٢٣ ص ٦٩٧ .

مدنى ، ولا سيما أن تلك التعاقدات كانت تشتمل على اتفاقات باعفاء المؤجر من المسئولية ، فضلا عن التزامها المستأجرين باخطار المؤجر فورا بكل ما من شأنه أن يوجب تدخله وفقا المادة ٥٨٥ مدنى •

غير أن محكمة أول درجة ومحكمة ثانى درجة لم تستجيبا لهذا الدفاع ، وقضت كلتاهما بمسئولية المؤجر (وهو المالك) بناء على نص المادة ١/١٧٧ مدنى • وقد أقامتا قضاءهما على الحجج التالية :

(١) عموم نص المادة ١/١٧٧ مدنى الذى يخول حقا فى التعويض لكل من يصيبه ضرر بفعل تهدم البناء ، دون تفرقة بين مستأجرى البناء والأشخاص الآخرين غير المرتبطين بعقد مع حارس البناء •

(٢) عموم نص المادة ٢/١٧٧ مدنى الذى يخول كل شخص مهدد بأن يصيبه ضرر بسبب سوء حالة المبنى أن يلزم مالك ذلك المبنى بأن يتخذ التدابير اللازمة لتلافى هذا الخطر الذى يهدده دون تمييز فى استعمال هذا الحق بين مستأجرى وحدات هذا المبنى وملاك ومستأجرى المبانى الأخرى المجاورة ، الأمر الذى يؤكد معنى العموم فى عبارة نص المادة ١/١٧٧ مدنى •

(٣) حق المستأجر فى معاملة مماثلة على الأقل لحق غير المستأجر اذ لا يحتمل أن يكون لغير المستأجر اعفاء من عبء اثبات خطأ مالك البناء دون أن يكون للمستأجر مثل هذا الاعفاء •

(٤) ما ورد فى المذكرة الايضاحية المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى عن نص مادة المشروع التى استقرت فى المادة ٥٦٥ مدنى من أنه يجوز للمستأجر فى حالة اصابته بضرر بسبب عيب فى الشىء المؤجر أن يطالب بتعويض هذا الضرر على أساس أحكام المسئولية التقصيرية •

واذ طعن المدعى عليهم فى هذين الحكمين ، فقد نقضتهما محكمة

النقض على أساس مخالفتهما القـــانون والخطأ فى تطبيقـــه ، وقالت فى أسباب حكمها بالنقض الصـــادر فى ١٦ أبريل ١٩٦٨ ما يلى بنص الحرف الواحد :

« ••• انه يبين من الحكم المطعون فيـــه أنه أثبت فى مدوناته أن هناك علاقة تعاقدية بين الطاعنين والمطعون ضدهم ••• ولما كانت المـــادة ٥٦٧ مدنى قد نصت فى فقرتها الأولى على الزام المؤجر بأن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة ، وبأن يقـــوم بجميع الترميمات الضرورية لحفظهـــا ، ونصت فى فقرتهـــا الأخيرة على جـــواز أن يقضى الاتفـــاق بين المؤجر والمستأجر بغير ذلك ، مما مفاده أن التزام المؤجر طبقا لأحكام الايجـــار فى القانون المدنى بصيانة العين المؤجرة وحفظها انمـــا هو تقـــدير للنية المحتملة للمتعاقدين ، وانه اذا اتفق الطرفان على ما يخالفها تعين اعمال اتفاقهما •

« واذ أورد المشرع هذه المادة والمادة ٥٧٧ التى تقضى بالزام المؤجر بضمان العيوب الخفية بالعين المؤجرة وغيرهما من النصوص التى تنظم أحكام عقد الايجار وتبين آثاره وتحدد المسئولية عن الاخلال بتنفيـــذه بالفصل الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من القانون المدنى ، كما أورد فى شأن العقود الأخرى المنصوص عليها فى الكتاب ذاته الأحكام التى تناسبها فى هذا الخصوص ، وكانت المادة ١٧٧ مدنى الخاصة بمسئولية حارس البناء قد وردت بالفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول ضمن النصوص المتعلقة بالعمل غير المشروع • واذ خص المشرع على هذا النحو المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية كلا منهما بأحكـــام تستقل بها عن المسئولية الأخرى وجعل لكـــل من المسئوليتين فى تقنينه موضـــعا منفصلا عن المسئولية الأخرى ، فقد أفصح بذلك عن رغبته فى اقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسئوليتين تستقل به كل منهما عن الأخرى •

فاذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها ، وكان الضرر الذى أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب اخـــلال الطرف الآخـــر فى

تنفيذ العقد . فانه يتعين الأخذ بأحكام العقد ، وبما هو مقرر فى القانون بشأنه باعتبار أن هذه الأحكام وحـدها هى التى تضبط كل عـلاقة بين الطرفين بسبب العقد ، سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا أو عند الاخلال بتنفيذه . ولا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية التى لا يرتبـط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية فى مقام العلاقة العقدية من اهدار لنصوص العقـد المتعلقة بالمسئولية عن عدم تنفيذه : مما يخل بالقوة الملزمة له ، وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذى ارتكبه وأدى الى الاضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما مما تتحقق معـه المسئولية التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانونى ، اذ يمتنـع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل فى جميع الحالات ، سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد ، واذ أفرد المشرع لكل من المسئوليتين العقـدية والتقصيرية نظاما تختص به دون الأخرى على النحو السالف الاشارة اليه ، فقد دل ذلك على أنه وضع المادة ١/١٧٧ لحماية غير المتعاقدين فى حالة تهـدم البناء أو جزء منه . أما من يربطه بحارس البناء عقد ايجار ، فان أحكام هذا العقد ونصوص القانون المدنى الواردة فى الفصل الأول من البـاب الثانى من الكتاب الثانى التى تنظم أحكام عقد الايجار تكون هى وحدها الواجبة التطبيق لتحـديد مسئولية المؤجـر . ولا يغير من ذلك ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقـانون المدنى تعليقا على المـادة ٢/٥٦٥ الواردة بالكتاب الثانى ضمن أحكام عقد الايجار من أنه اذا كان بالعين المؤجرة عيب يعرض صحة المستأجر ومن معه لخطر جسيم وأصابه من ذلك ضرر بالفعل وثبت خطأ فى جـانب المؤجر ، فان المستأجر يستحق التعويض طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية ، ويجوز له أيضا أن يطلب فسخ العقد ولو كان قد تنازل عن هذا الحق مقـدما لأن الأمر يتعلق بالنظام العام ، ذلك أنه وقد خلت هـذه المادة من عبارة « طبقـا لقواعـد المسـئولية التقصيرية » وورد نصها آمرا فى تنظيم أحـد التزامات المؤجر المترتبة

---

(٧٧) هذه الاحكام لم تنشر .

على العقد : فانه لا يخرج مسئولية المؤجر فى خصوص هذا الالتزام عن طبيعتها ولا يحيلها الى مسئولية تقصيرية ، وذلك ما لم يثبت أن المؤجر ارتكب خطأ جسيما أو فعلا يؤثمه القانون » (٧٨) •

وهكذا وضعت محكمة النقض حـدا للخلاف حول جواز الخيرة أو عدمها بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية وحسمته فى صالح عدم الخيرة سواء فى مجال المسئولية عن الفعل الشخصى أو فى مجال المسئولية عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء ، وسواء فيما يتعلق بمبدأ عدم الخيرة ، أو فيما يتعلق بالاستثناءات التى ترد على هذا المبدأ • وبذلك أصبح من المقرر أن الأصل أن كلا من المسئوليتين لها مجالها الخاص ، وأن الجمع بينهما مستحيل وان الخيرة بينهما غير جائزة الا فى الحالة الاستثنائية التى يكون فيها الاخلال بالتزام عقدى يشكل جريمة جنائية أو يعتبر غشا أو خطأ جسيما •

واذا كان حكم النقض الصادر فى ١٦ أبريل ١٩٦٨ قد أكد أنه حيث يوجد عقد بين طرفين ويطالب أحدهما الآخر بتعويض الأضرار التى لحقته من جراء الاخلال بالتزام ناشىء من هذا العقد ، فيمتنع عليه التمسك فى هذه المطالبة بأحكام المسئولية العقدية ، فقد عرضت على المحكمة فيما بعد الصورة العكسية صورة شخص من غير طرفى العقد يتمسك بأحكام العقد لدرء مسئوليته ازاء أحد أطراف العقد ، فقضت فيها

---

(٧٨) نقض مدنى ١٦ أبريل ١٩٦٨ فى الطعن رقم ٢٨٠ سنة ٣٤ ق ، وقد تولاه المؤلف بالنيابة عن العميد محمد صالح وأخرى والحكم منشور فى مجموعة احكام النقض ١٩ — ٧٦٢ — ١١٠ . وقد أكدت محكمة النقض استقرارها على هذا المبدأ فى حكم حديث صادر بعد نشر مقالنا هذا ، فقررت بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٨١ فى الطعن رقم ٧٤٢ سنة ٤٦ ق (مجموعة أحكام النقض ٣٢ — ٤٦٨ — ٩١) :
« ان أحكام العقد — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — هى وحدها التى تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا ، أو عند الاخلال بتنفيذه ، فلا يجوز الاخذ بأحكام المسئولية التقصيرية فى مقام العلاقة العقدية » •

بتاريخ ٣٠ أبريل ١٩٧٥ (فى الطعن رقم ٢٤٢ سنة ٤١ ق) (٧٩) بأنه اذا كان المؤجر الأصلى قد رخص للمستأجر فى التأجير من الباطن وأقام المستأجر من الباطن دعوى على المؤجر الأصلى بمطالبته بتعويض عما لحقه من أضرار بفعل تابعى المؤجر الأصلى مؤسسا دعواه على أساس المسئولية التقصيرية وقضت له محكمة أول درجة على هذا الأساس ، ولكن محكمة ثانى درجة ألغت هذا الحكم تأسيسا على أن عقد الايجار من الباطن يشتمل على شرط الاعفاء من المسئولية واعتبرت العلاقة بين المؤجر الأصلى والمستأجر من الباطن علاقة عقدية يسرى عليها شرط الاعفاء من المسئولية ، فنقضت محكمة النقض الحكم الاستئنافى المطعون فيه تأسيسا على أنه لا توجد علاقة عقدية بين المؤجر والمستأجر من الباطن ، فتخضع مسئوليته لأحكام المسئولية التقصيرية ولا يجوز له أن يتحدى بشرط الاعفاء من المسئولية الوارد فى عقده مع المستأجر الأصلى .

---

(٧٩) مجموعة أحكام النقض ٢٦ — ٨٩٦ — ١٧٣ .

تعليقـات على الأحكـــام

(اولا) فى تكييف الفعل الضـــار

واختصاص المحاكم الجنائية بالدعاوى المدنية

وأثر حكم البراءة فى دعوى التعويض (*)

١ — تعيين موضوعات البحث : اذا وقعت جريمة جنائية ، ونشأ عنها ضرر ، فالأصل أن ترفع الدعوى العموميـــة الى المحاكم الجنـــائية ودعوى تعويض الضرر الى المحاكم المدنية . فاذا صدر الحكم الجنائى كانت له حجية الشىء المحكوم فيه بالنسبة للكافة ، ووجب على المحكمة المدنية — ما لم تكن قد فصلت فى دعوى التعويض قبـــل رفع الدعوى

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد .

العمومية — أن تتقيد بما فصل فيه ذلك الحكم ، منعا لتضارب الأحكام فى الموضوع الواحد • وقد أجاز المشرع للمصاب أن يرفع دعواه المدنية الى المحكمة الجنائية لتفصل فيها مع الدعوى العمومية بحكم واحد اقتصادا للوقت والجهد • وفى هذه الحالة يتعين على القاضى الجنائى أن يتقيد عند الفصل فى الدعوى المدنية بما قرره فى الدعوى العمومية •

ولكن الى أى حد يتقيد القاضى المدنى — أو القاضى الجنائى عند الفصل فى الدعوى المدنية — بما تقرر فى الدعوى العمومية ؟

من المسلم به أن الحكم الجنائى اذا كان صادرا بالادانة يقيد القاضى المدنى فيما يتعلق بوقوع الجرم المسند الى المتهم ، وفى نسبته اليه ، وفى استيجابه للعقوبة ، فتكون له حجية الشىء المحكوم فيه بالنسبة للدعوى المدنية ، ولا يكون للقاضى المدنى مناقشة الحكم الجنائى فى أية ناحية من هذه النواحى ، بل تقتصر سلطته على تقدير قيمة التعويض (انظر مصطفى مرعى بك نبذة ٣٦٦ ، استئناف القاهرة ٢٨ مايو ١٩٢٩ المحاماة ١٠ — ٦٠ — ١٥) •

ولكن ما الرأى اذا كان الحكم الجنائى قد قضى بالبراءة وبنى ذلك على أن الفعل المسند الى المتهم لا يكون جريمة جنائية ؟ أيعتبر نفى الخطأ الجنائى نفيا الخطأ المدنى فى الوقت ذاته ، أم يعتبر الخطأ المدنى غير الخطأ الجنائى ويجوز للقاضى المدنى أن يبحث عنه وأن يحكم بالتعويض بناء عليه ؟

واذا سلمنا أن نفى الخطأ الجنائى ينفى الخطأ المدنى ، ألا يجوز للقاضى المدنى أن يحكم بالتعويض تأسيسا على الخطأ التعاقدى أو على الخطأ المفترض فى حالات المسئولية عن فعل الغير ومسئولية حارس الحيوان أو مستخدمه ؟

واذا كان هذا جائزا ، أفتملك المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها ، أم لا تملكه الا اذا طلبه منها المصاب ؟

واذا كان لابد فى الحكم بالتعويض من أن تكون الدعوى مرفوعة على أساس المسئولية المفترضة ، أفيكون للمصاب الخيار فى رفعها أمام المحاكم الجنائية عن طريق الادعاء بالحق المدنى ، أم تكون هذه المحاكم غير مختصة بها ، ويتعين على المصاب أن يرفعها الى المحاكم المدنية ؟

هذه مجموعة من المسائل بالغة غاية الدقة ، وأكثرها لم يعرض على المحاكم الا نادرا ، بالرغم مما لها من صبغة عملية آخذة فى الازدياد تبعا للأهمية الكبيرة التى أصبحت للمسئولية المفترضة فى الوقت الحاضر .

وقد عرضت لهذه المسائل محكمة النقض المصرية فى ثلاثة أحكام أصدرتها فيما بين أول فبراير و ٨ مارس ١٩٤٣ فصلت فيها فى بعض هذه المسائل . واكتفت بافتراض حل بعضها الآخر على وجه معين لاستغنائها فى القضايا التى كانت معروضة عليها عن الفصل فيه .

وقد رأيت ضرورة التنبيه الى هذه المسائل التى فصلت فيها أو أشارت اليها هذه الأحكام الثلاثة لأهميتها العملية والفقهية ، مع عرضها فى ضوء المبادىء المسلم بها فى الفقه وفى أحكام المحاكم ليبين لنا الى أى مدى يمكن التعويل على ما قررته محكمة النقض .

ولأن هذه الأحكام الثلاثة لم تنشر الى الآن فى المجلات القضائية ، أرى أن أبدأ البحث بتلخيص وقائعها وحيثياتها فيما يلى :

٢ ــ تلخيص الأحكام ــ حكم أول فبراير ١٩٤٣ فى القضية رقم ٣٢٥ سنة ١٣ قضائية ــ وقعت معركة بين ابراهيم محمد هيبه ونفر من أتباعه بينهم سالم محمد الشاعر ، وبين فريق آخر ، أسفرت عن احداث عاهة مستديمة بأحد أفراد الفريق الآخر وهو عبد العال عطيه بكرش .

رفعت الدعوى العمومية على كل من ابراهيم محمد هيبه وسالم محمد الشاعر بتهمة احداث عاهة مستديمة بعبد العال عطيه ، وأحيل

المتهمان الى محكمة جنايات الزقازيق لمحاكمتهما بالمادة ٢٤٠ ع فقــرة أولى ، وادعى عبد العال عطيه بحق مدنى قبــل المتهم الأول فقط وطلب الحكم عليه بمبلغ ٢٠٠ جنيه على سبيل التعويض ٠

لم يثبت لدى المحكمة أن المتهم الأول ضرب المجنى عليه بل داخلها الشك فى ذلك ولم تر أنه قارف أية جريمــة أخرى يكون من سلطتها أن تحاكمه عليها فبرأته لعدم ثبوت التهمة عليه ، وتبعا لذلك رفضت الدعوى المدنية المقامة ضده على أساس أنه ارتكب بنفسه الفعل الضار ٠ كمــا برأت المتهم الثانى بالرغم من اعترافه بأنه محدث الاصابة بالمجنى عليه اذ ظهر لها أنه انما اتهم نفسه بذلك فداء للمتهم الأول ٠

طعن المجنى عليه فى هذا الحــكم بأن المحــكمة أخطأت فى تطبيق القانون اذ قضت برفض الدعوى المدنية المرفوعة على المتهم الأول بناء على أنها أصبحت على غير أساس بعد أن قضى ببراءته من التهمة الموجهة اليه ، لأن الحكم بالبراءة لا يترتب عليه فى القانون حتما رفض الدعوى المدنية المرفوعة على المتهم ، وقال فى بيان ذلك أنه اذا كان قد بنى طلب التعويض على أن المتهم الأول هو الذى قارف بنفسه فعل الضرب الذى وقع عليه ، واذا كانت المحكمة قد داخلهــا الشك فى ثبوت ذلك فقضت ببراءته من هذه التهمة ، فانه كان يتعين عليها أن لا ترفض الدعوى المدنية لأن التعويض يكون مستحقا أيضا قبل المتهم الأول بمقتضى المادة ١٥٢ مدنى على أساس مسئوليته عن فعل أتباعه ، ولأن طلب الطاعن التعويض على أساس أن المطعون ضده ارتكب بنفسه الفعل الضار يلزم المحكمة — بناء على قاعدة وجوب الحكم بالقدر المتيقن — بأن تقضى له بالتعويض على أى أساس آخر يكون دون الأساس الذى أقيمت عليه الدعوى ٠ ولما كان قد ثبت أن المطعون ضده قد توجه على رأس نفر من مزارعيــه وأتباعه الى محل الحادثة واعتدوا على فريق خصومه ودخلوا معهم فى المعركة التى أصيب فيها الطاعن من ضربة وقعت على عينه من بعض من كان مع المطعون ضده ، فان المطعون ضده يكون مسئولا عن التعويض على الأساس المقرر بالمادة ١٥٢ المذكورة ٠

ومحكمة النقض رفضت الطعن بناء على أن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥١ مدنى باعتبار المدعى عليه مسئولا عن فعل نفسه تختلف **من حيث السبب** عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ باعتبار المدعى عليه مسئولا عن فعل غيره ؛ وان **المحكمة ليس لها أن تغير من تلقاء نفسها السبب الذى تقام عليه الدعوى أمامها** والا تكون قد تجاوزت سلطتها وحكمت بما لم يطلب منها الحكم به .

حكم أول مارس ١٩٤٣ فى القضية رقم ٥٤٨ سنة ١٣ قضائية :

اتهمت النيابة العمومية على محمد داود وثلاثة آخرين من مستخدمى محل محمد المرجوشى بك بأن كلا منهم ارتكب تزويرات فى دفاتر المحل أو اختلاسات لنقوده أو سرقات لبضائعه ، وكانت التهم الموجهة الى على محمد داود أنه سرق من المحل خمسة أمتار كستور وسبعة أثواب بفتة مبينة الوصف والقيمة بالمحضر ، وانه اختلس مبلغ ١٩٣ قرشا وتوصل بطريق الاحتيال الى الاستيلاء على مبلغ ٩٥ قرشا ثمن قطعة قماش وذلك بايهام عامل البيع بأن القطعة المذكورة قد بيعت بالمبلغ المذكور ثم أعادها المشترى وحرر عنها ايصالا مرتجعا قبض قيمته من الصراف اضرارا بالمحل .

قيدت القضية جنحة بجدول محكمة الخليفة الجزئية ، وطلبت النيابة معاقبة المتهمين بمواد التزوير والنصب ، ودخل محمد المرجوشى بك المجنى عليه مدعيا بالحق المدنى وطلب القضاء له بمبلغ ٦٠٠ جنيه قبل المتهمين الأربعة بالتضامن على سبيل التعويض .

وقضت المحكمة بحبس اثنين من المتهمين وبالزامهما متضامنين بأن يدفعا للمدعى المدنى ٦٠٠ جنيه تعويضا والمصاريف المدنية ؛ وبرأت على محمد داود والمتهم الآخر مما نسب اليهما مع رفض الدعوى المدنية الموجهة قبلهما عملا بالمادة ١٧٢ تحقيق جنايات .

استأنف الحكم أحد المتهمين المحكوم عليهما ، كما استأنفته النيابة

طالبة تشديد العقاب بالنسبة لهذا المتهم والغاء الحكم فيما قضى به من براءة على محمد داود وزميله ومعاقبتهما بمواد الاتهام الموجهة اليهما ، وكذلك استأنف المدعى بالحق المدنى طالبـــا أن يقضى له بالتعويض على المتهمين اللذين حكم برفض الدعوى المدنية قبلهما (ومنهما على محمـــد داود) •

وحكمت محكمة مصر (الجنح المستأنفة) بتـــاريخ ١٢ ديســـمبر ١٩٤٢ أولا بتأييد الحكم المستأنف بالنسبة للمتهم الذى رفع الاستئناف ، وثانيا بتأييد الحكم فيما قضى به من براءة على محمد داود والغائه فيما قضى به من رفض الدعوى المدنية قبله والزام هذا المتهم هو والمتهمين المحكوم عليهما بأن يدفعوا بطريق التضامن للمدعى المدنى ما حكم له به من تعويض ، وثالثا بتأييد الحكم فيما يختص بالمتهم الرابع •

ومما قالته المحكمة الاستئنافية فيما يتعلق بتبرئة على محمد داود والزامه بالتعويض « أن الحكم المستأنف فى محله لاسبابه بالنسبة لهذا المتهم فيما يتعلق بالدعوى العمومية ، وأما بالنسبة للدعوى المدنية فقـــد قضت محكمة أول درجة برفضها استنادا الى قضائها ببراءته من التهمة المنسوبة اليه ، وحيث ان هذه المحكمة لا تأخذ بذلك لأنه اذا كان أساس الدعوى العمومية هو الجنحة ، فان أساس الدعوى المدنية ليست الجنحة فقط وانما الجنحة وشبه الجنحة • وقد قضت محكمة أول درجة برفض الدعوى المدنية دون أن تتعرض لنفى شبه الجنحة عن المتهم ، ولا يمكن القول بأن شبه الجنحة لم يكن من ضـــمن أسس الدعوى المدنيـــة لأن الدعوى المذكورة رفعت على أســـاس الوقائع التى أسندت الى المتهم المذكور وتناولها التحقيق وكانت كلها مطروحة أمام محكمة أول درجة • وحيث ان المجنى عليه ••• وكثيرون غيره ممن تناولهم التحقيق أجمعوا على أن المتهم على محمد داود كان وكيل المحل المباشر لادارته ولحساباته، وذكر الخبير فى تقريره أن على داود بصفته مديرا للمحل والواضع لنظام الدفاتر بل ومنشئها والمباشر لحركة الايرادات والمصروفات أغفل اهمالا أو عمدا مراقبة الكتاب الحسابيين ولم يعمل على ايجاد دفتر الصنف

الذى هو أول دفتر يجب أن يكون تحت يده وعينه لمعرفة حركة البضاعة من كساد وركود ، وكانت نتيجة اغفاله أن استرسل كتاب المحل فى الاهمال وسهل اللعب فى الأرقام مما سبب ضياع ٢٨٢ جنيها و ٢٧٥ مليما من البضائع ... وحيث انه من ذلك يتبين أن المتهم على داود بوصف كونه هو الوكيل عن المجنى عليه فى ادارة المحل ومباشرته أهمل فى ادارة عمله اهمالا نشأت عنه الاختلاسات والسرقات موضوع الدعوى ، وهو بوصف كونه وكيلا بأجر مسئول عن اهماله اليسير ، فضلا عن الجسيم ، وحيث ان هذا الاهمال اذا لم يجز مؤاخذة المتهم عنه جنائيا ، فهو بلا شك مأخوذ به مدنيا ، ولذلك تكون الدعوى المدنيـة قبله على أساس ، ويتعين القضاء عليه بالتعويض المطلوب بالتضامن مع باقى المتهمين المحكوم عليهم » .

طعن على محمد داود فى هذا الحكم بالنقض لأنه بالرغم من تأييده الحكم القاضى بالبراءة قد ألغاه فيما يختص بالتعويض على أساس أن الطاعن بصفة كونه وكيلا للمدعى بالحق المدنى فى ادارة محله قد أهمل فى القيام بواجبه اهمالا نشأت عنه الاختلاسات والسرقات موضوع الدعوى العمومية ، وذلك دون أن ينبهه الى تغيير أساس التعويض حتى يتسنى له أن يشرح وجهة نظره ، وفضلا عن ذلك فان المحكمة قد ألزمت الطاعن بأن يدفع مبلغ التعويض بالتضامن مع باقى المحكوم عليهم ؛ مع أن التضامن لا يكون الا اذا كان المحكوم عليهم قد ارتكبوا جريمة واحدة ، وهذا غير متوفر فى الدعوى .

قبلت محكمة النقض هذا الطعن وقالت فى قبوله ان المدعى المدنى رفع دعواه بالتعويض على أساس الضرر الذى لحقه من الجرائم التى وقعت من الطاعن وباقى المتهمين ، وبعبارة أخرى على أساس أن مسئوليتهم تقصيرية ناشئة عن جنحة وانهم ملزمون بتعويض الضرر الذى أصابه بمقتضى المادة ١٥١ مدنى . وقد نظرت الدعوى أمام محكمة أول درجة وقضت برفضها على هذا الأساس بعد أن تبين لها عدم ثبوت الفعل

المكون للجريمة على الطاعن • فكان على المحكمة الاستئنافية وهى تفصل فى الاستئناف المرفوع اليها أن تلتزم هذا الأساس الذى أقام عليه المدعى دعواه ، فلا تقضى بالتعويض الا اذا رأت ثبوت الأفعال الموصوفة بالجرائم المرفوعة بها الدعوى على الطاعن • أما وهى قد تبرعت من عندها للمدعى فحكمت له بالتعويض على أساس آخر قوامه المسئولية التعاقدية الناشئة عن الاخلال بعقد الوكالة المبرم بينه وبين الطاعن وأعفته بذلك من واجب اثبات دعواه ، فانها تكون قد أخطأت بتغييرها فى الحكم الذى أصدرته سبب الدعوى من طلب تعويض الضرر على قاعدة المسئولية التقصيرية الى تعويضه على أساس المسئولية التعاقدية ، بل انها لم تتبع من أحكام هذه المسئولية الا ما كان فى مصلحة المدعى ، فقد قضت له بالتضامن ، فى حين أن التضامن لا يكون الا فى المسئولية التقصيرية دون التعاقدية ، وهذا الخلط فى الأحكام بين المسئوليتين تأباه القواعد الأولية للمرافعات فى مواد الحقوق المدنية •

وحيث انه متى كان هذا مقررا ، وكان المدعى — على ما هو ثابت فى محاضر جلسات المحاكمه — قد أسس دعواه على المسئولية التقصيرية ولم يطلب أمام محكمة أول درجة ولا أمام المحكمة الاستئنائية أن يقضى له بالتعويض على أساس اخلال الطاعن بالواجبات التى يفرضها عليه عقد الوكالة ، وكانت الواقعة كما أثبتها الحكم لا تبرر القضاء بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية ، فانه يتعين قبول الطعن موضوعا ونقض الحكم المطعون فيه والقضاء برفض الدعوى المدنية •

حكم ٨ مارس ١٩٤٣ فى القضية رقم ٦٨٧ سنة ١٣ ق — اتهمت النيابة العمومية زاهر محمد قطقاط بأنه تسبب من غير قصد ولا تعمد فى اصابة فريد بولص بطرس أفندى وآخرين وكان ذلك ناشئا عن رعونته واهماله فى قيادة أمنيبوس اذ اعترض طريقه رجل وضع قصبا على حماره فاستمر فى سيره ولم يوقف السيارة حتى يمر الرجل المذكور بدابته واضطر لمجانبة الاصطدام به أن يتجه الى أقصى الجهة اليمنى من

الطريق فانقلبت السيارة بمن فيها من المجنى عليهم فى منخفض من الأرض على يمين الطريق وأصيب المجنى عليهم بالاصابات الموصوفة بالتقرير الطبى وطلبت عقابه بالمادة ٢٤٤ ع .

وادعى فريد بولص بطرس أفندى أحد المجنى عليهم بحق مدنى قدره ١٠٠٠ جنيه وطلب الحكم له بهذا المبلغ على المتهم وعلى شركة السيارات متضامنين بصفتها مسئولة مع المتهم عن الحقوق المدنية .

ومحكمة جنح قوص الجزئية حكمت بتاريخ ٣ مارس ١٩٤٢ غيابيا ببراءة المتهم ورفض الدعوى المدنية والزام رافعها بالمصاريف المدنية عملا بالمادة ١٧٢ تحقيق جنايات .

ومحكمة قنا الابتدائية الأهلية بهيئة استئنافية قضت فى الاستئناف بقبوله شكلا ، وفى الموضوع ثبت لديها أن السائق كان يسير سيرا بطيئا وأنه لما رأى الدابة المحملة قصبا قادمة من الاتجاه العكسى حول سيره نحو اليمين ، ولكن تصادف أن الجرف الذى ربط عنده السائق كان خاويا لأن الفلاحين حفروا الجسر من أسفله فلم يقو الجسر على احتمال السيارة بل انهارت الأتربة وسقطت السيارة ، ولم يكن ظاهر الجسر يدل على أنه قابل للانهيار بل كان شكله يدل على خلوه من العيوب ، وقررت المحكمة أن هذا كاف لرفع المسئولية الجنائية عن المتهم ومن ثم يتعين براءته عملا بالمادة ١٧٢ تحقيق جنايات ورفض الدعوى المدنية المرفوعة من فريد بولص أفندى والزام رافعها بالمصاريف .

فطعن المدعى بالحق المدنى فى هذا الحكم بطريق النقض ، وبنى طعنه على عدة أوجه منها الوجهان الآتيان :

الوجه الأول أن الحكم المطعون فيه خال من الأسباب بالنسبة للدعوى المدنية لأن المسئولية المدنية يصح قيامها مع وجود الشك فى قيام المسئولية الجنائية أو انعدامها ، اذ الخطأ الذى تترتب عليه المسئولية

المدنية لا يشترط فيـــه أن يكون بالجســـامة التى نستوجب المســـئولية الجنائية •

والوجه الثانى أن المحـــكمة أخطأت فى رفض الدعوى المدنيـــة مع توفر أركانهـــا ، ذلك لأن الواقعـــة الثابتة بالحـــكم تستوجب القضـــاء بالتعويض (أولا)، على أساس وجود خطأ من المتهم ولو لم يبلغ درجة الجسامة للمسئولية الجنائية ، (وثانيا) على أساس أن مسئولية شركة السيارات المسئولة عن الحقوق المدنية هى مسئولية تعاقدية لا تستلزم اثبات وقوع خطأ من المتهم لأن السيارة التى انقلبت وكان الطاعن من بين ركابها هى سيارة نقل عمومية ، ومن المقرر قانونا أن عقدا ينشأ بين المسافر وبين متولى النقل يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بأن ينقل الراكب من محطة القيام الى محطة الوصول سالما •

ومحكمة النقض قررت بتاريخ ٨ مارس ١٩٤٣ فيما يتعلق بالوجه الأول أن القانون حين نص فى المادة ٢٤٤ ع • على عقاب « كل من تسبب فى جرح أحد من غير قصد ولا تعمد بأن كان ذلك ناشئا عن رعونة أو عن عدم احتياط وتحرز أو عن اهمال أو عن عدم انتبـــاه أو عدم مراعـــاة اللوائح ••• » قد جاء نصه عاما تشمل عبارته فى الحقيقة والواقع الخطأ بجميع صوره ودرجاته ولو أن ظاهرها فيه معنى الحصر والتخصيص • فكل خطأ مهما كانت جسامته يدخل فى متناولها ، ومتى كان هذا مقررا . فان الخطأ الذى يستوجب المساءلة الجنائية بمقتضى المادة ٢٤٤ المذكورة لايختلف فى أى عنصر من عناصره عنالخطأ الذى يستوجب المساءلةالمدنية بمقتضى المـــادة ١٥١ مدنى مادام الخطأ مهمـــا كان يسيرا يكفى قانونا لتحقيق كل من المسئوليتين • ومتى كان معيار الخطأ ومقداره واحدا فى الحالتين ، فـــان براءة المتهم فى الدعوى الجنائية لعـــدم ثبوت الخطأ المرفوعة به الدعوى عليه تستلزم حتمـــا رفض الدعوى المدنية المؤسسة على هذا الخطأ المدعى • ولذلك فان الحكم المطعون فيه حين نفى الخطأ عن المتهم وقضى له بالبراءة للأسباب التى أوردها يكون فى ذات الوقت

قد نفى الأساس المقامة عليه الدعوى المدنية والمحكمة لم تكن فى حاجة لأن تتحدث عن هذه الدعوى وتورد لها أسبابا خاصة بها •

وفيما يتعلق بالوجه الثانى قالت محكمة النقض : أما عن المسئولية التعاقدية ، فان المحكمة ما كان يسوغ لها قانونا أن تقضى على أساسها مادامت الدعوى قد رفعت على أساس المسئولية التقصيرية ، ومادام المدعى لم يطلب أن يقضى له بالتعويض فيها على أساس المسئولية التعاقدية — ان صح له أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية — ومادامت المحكمة ليس لها أن تتبرع من عندها فتبنى الدعوى على سبب غير الذى يرفعها به صاحبها ، فهى اذ تفعل ذلك تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها الخصوم وهذا غير جائز فى القانون •

٣ — تلخيص المبادىء التى قررتها هذه الأحكام : ويمكننا أن نلخص المبادىء التى قررتها محكمة النقض فيما يلى :

أولا — ان الخطأ الذى يستوجب المساءلة الجنائية بمقتضى المادة ٢٤٤ ع • لا يختلف فى أى عنصر من عناصره عن الخطأ الذى يستوجب المساءلة المدنية بمقتضى المادة ١٥١ مدنى مادام الخطأ مهما كان يسيرا يكفى قانونا لتحقيق كل من المسئوليتين • ومتى كان معيار الخطأ ومقداره واحدا فى الحالتين ، فان براءة المتهم فى الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المرفوعة به الدعوى عليه تستلزم حتما رفض الدعوى المدنية المؤسسة على هذا الخطأ المدعى (حكم ٨ مارس ١٩٤٣) •

ثانيا — ان الحكم ببراءة المتهم فى الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المرفوعة به الدعوى عليه لا يحول دون امكان الحكم عليه بالتعويض بناء على المسئولية التعاقدية (حكم ٨ مارس ١٩٤٣)، أو بناء على مسئولية السيد عن فعل تابعه (حكم أول فبراير ١٩٤٣) •

ثالثا — ان تأسيس دعوى التعويض على قواعد المسئولية التعاقدية

أو قواعد مسئولية السيد عن فعل تابعه يختلف عن تأسيسها على قواعد المسئولية عن الفعل الشخصى ، بحيث يعتبر سبب المسئولية فى كل من هذه الحالات مغايرا لسببها فى الحالات الأخرى ، فلا تملك المحكمة فى دعوى المسئولية التقصيرية عن الفعل الشخصى أن تحكم من تلقاء نفسها بالتعويض على أساس المسئولية التعاقدية (حكم أول مارس وحكم ٨ مارس ١٩٤٣)، أو على أساس المسئولية عن فعل الغير (حكم أول فبراير ١٩٤٣) ، بل لابد من أن يطلب الخصوم ذلك ، وأن يكون هذا الطلب أمام محكمة أول درجة .

رابعا — أن مسألة اختصاص المحكمة الجنائية بالنظر فى دعوى المدعى بالحق المدنى المبنية على المسئولية التعاقدية (أو غيرها من حالات المسئولية المفترضة) مسألة يصح أن تكون محل نظر (حكم ٨ مارس ١٩٤٣) .

٤ — عرض هذه المبادىء ومناقشتها وتطبيقها : نرى أن نعرض هذه المبادىء فى ضوء أحكام المحاكم وآراء الشراح على الترتيب الذى أوردناها به ، ونفرض تسهيلا للبحث أن دعوى التعويض منظورة أمام المحكمة المدنية بعد صدور الحكم الجنائى بالبراءة لعدم ثبوت الخطأ الذى أسست عليه الدعوى العمومية . فاذا رأينا جواز الحكم فيها بالتعويض فرضنا رفعها بطريق الادعاء بالحق المدنى أمام المحكمة الجنائية ، ونظرنا فى جواز الحكم فيها بالتعويض من هذه المحكمة أو عدمه ، ثم نستطيع بعد ذلك أن ننظر فى تطبيق ما استخلصناه من مبادىء على القضايا التى أصدرت فيها محكمة النقض هذه الأحكام الثلاثة .

— ١ —

تقــرير المبــــادىء

٥ ــ المسألة الأولى : أيجوز للمحكمة المدنية أن تحــكم بالتعويض فى واقعة معينة بعد صدور الحــكم الجنائى فيها بالبراءة لعــدم ثبوت الخطأ الجنائى ؟ : لابد قبل الجواب عن هذا السؤال أن نبين الحكمة فى حجية الشىء المحكوم فيه من المحكمة الجنائية على القاضى المدنى ومدى هذه الحجية •

٦ ــ حكمة حجية الحكم الجنائى : فقد يتبادر الى الذهن بادىء الأمر أن حجية الحكم الجنائى على القــاضى المدنى متفرعة عن حجيــة الشىء المحكوم فيه عموما ، وانها تشترك معهــا فى شروطها وأحكامها • ولكن الواقع غير ذلك ، اذ أن حجية الشىء المحكوم به عموما أريد بهــا وضع حد للمنازعات وعدم السماح للمتقاضين بشغل المحــاكم بالقضية الواحدة مرات متعددة الى ما لا نهاية • وجعل معيار هذه الحجية اتحاد الخصوم واتحاد الموضوع واتحاد السبب ، وأثرها نسبى • أما حجية الحكم الجنائى على القاضى المدنى فليس أساسها اتحاد الموضوع لأن موضوع الدعوى الجنائية توقيع العقــاب ، وموضوع الدعوى المدنية التعويض ، ولا اتحاد الخصوم لأن الخصم فى الدعوى الجنائية النيابة العمومية وفى الدعوى المدنية المصاب ، هذا فضلا عن أن الحكم الجنائى الصادر بادانة متهم يقيد القاضى المدنى فى الدعوى المرفوعة على المسئول مدنيا،ولو لم يكن ممثلا فى الدعوى العمومية•فحجيته حجية مطلقة أى أنها تسرى قبل الكافة erga ommes ، والحكمة فيها كما تقول محكمة النقض المصرية « هى توافر الضمانات المختلفة التى قررها الشارع فى الدعوى الجنائية ابتغاء الوصول الى الحقيقة فيها لارتباطها بالأرواح والحريات . الأمر الذى تتأثر به مصلحة الجماعة ومصلحة الأفراد مما يقتضى أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة على الاطلاق ، وأن تبقى آثارها نافــذة على الدوام • وهذا يستلزم حتما ألا تكون هذه الأحكام معرضة فى أى وقت

لاعادة النظر فى الموضوع الذى صدرت فيه حتى لا يجر ذلك الى تخطئتها من جانب أية جهة من جهات القضاء » (١) .

ولذلك زود المشرع المحاكم الجنائية بسلطة فى تحرى الحقيقة أوسع كثيرا من سلطة المحاكم المدنية ، واعتبر ما تقرره المحاكم الجنائية من حقائق قضائية أقرب الى الحقائق الواقعية مما تقرره المحاكم المدنية . فحتم على المحاكم المدنية أن توقف الفصل فى الدعاوى الناشئة عن جرائم جنائية اذا رفعت الدعوى العمومية قبل الفصل فى الدعوى المدنية ، ولم يجعل لحكمها الصادر فى الدعوى المدنية قبل رفع الدعوى الجنائية أى أثر على هذه الدعوى (٢) ، ثم حرم عليها عند الفصل فى الدعوى المدنية أن تتشكك — أو تعيد النظر — فى شىء مما أثبتته المحكمة الجنائية فى حكمها وكان اثباته ضروريا للفصل فى الدعوى العمومية (٣) . وذلك كله حتى لا تناقض المحكمة المدنية ما قررته المحكمة الجنائية (٤) .

٧ — مدى حجية الحكم الجنائى : وبناء على هذه الحكمة التشريعية يتقيد القاضى المدنى بكل ما فصل فيه الحكم الجنائى فصلا قاطعا لازما للفصل فى الدعوى العمومية . ولهذا قررت محكمة النقض المصرية « أن القاعدة الصحيحة فى حجية الحكم الجنائى الإنتهائى أن هذه الحجية تقوم كلما فصل الحكم الجنائى فصلا شاملا ولازما : (١) فى تحقيق

---

(١) نقض ٩ مايو ١٩٤٠ ملحق القانون والاقتصاد ١٠ — ١٧٦ — ٥٧ ؛ وانظر فى هذا المعنى ايضا مازو نبذة ١٧٤٥ ، والدكتور حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام سنة ١٩٤٥ ص ٢٩٦ ، دى باج جـ ٢ ص ٧٥٤ نبذة ٩٠٧ ؛ ونقض بلجيكى ١٠ يونيه ١٩٢٩ بازيكريزى ١٩٢٩ — ١ — ٣٢٢ .

(٢) نقض ١٥ نوفمبر ١٩٠٢ المجموعة ٤ ص ٥٩ ، ٧ ديسمبر ١٩٣٦ المحاماة ١٧ — ٧١٦ — ٣٥٠ ، ١٦ ديسمبر ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ٦٩٠ — ٣٠٢ .

(٣) نقض أول يونيه ١٩٢٦ المحاماة ٧ — ٣٢٥ — ٢٢٥ ، مازو نبذة ١٧٦٦ ، لالو نبذة ١٧ ، بيرسون ودى فيليه فى المسئولية المدنية جـ ٢ ص ١٥٦ نبذة ٣١٢ مكررة .

(٤) نشأت بك فى الاثبات ص ٣٠٣ نبذة ٥٢٩ ، بيرسون ودى فيليه جـ ١ ص ١٧٢ نبذة ٣١٩ ، كولان وكابيتان الطبعة الثامنة جـ ٢ ص ٤٥٩ نبذة ٤٩٣.

الفعل الذى يكون الأساس المشترك لكلا الدعويين الجنائية والمدنية ، (٢) فى الوصف القانونى لهذا الفعل ، (٣) فى ادانة وعدم ادانة المتهم بارتكاب الفعل • فاذا فصلت المحكمة الجنائية فى هذه الأمور جميعا ، أصبح باب بحثها مغلقا أمام المحاكم المدنية ، وتعين على تلك المحاكم أن تعتبرها ثابتة وتسير فى بحث الحقوق المدنية المترتبة عليها على هذا الأساس بحيث يكون حكمها متناسقا مع الحكم الجنائى السابق صدوره » (٥) •

فاذا قطعت المحكمة الجنائية بأن الفعل المسند الى المتهم قد وقع منه جزما وانه يكون الجريمة المتهم بها ، فلا سبيل بعد ذلك لاعادة المحكمة المدنية البحث فى شىء من ذلك جميعا (٦) ، ولو كانت الدعوى المدنية مرفوعة على المسئول مدنيا الذى لم يكن ممثلا فى الدعوى العمومية (٧) •

أما اذا قطعت المحكمة الجنائية بأن الواقعة المسندة للمتهم لم تقع أصلا ، أو بأنها لم تقع من المتهم بالذات ، أو بأنه لم يترتب عليها ضرر ، أو بأنه لا توجد بين الضرر وخطأ المتهم علاقة سببية ، كان لحكمها أيضا حجية الشىء المحكوم فيه بالنسبة للدعوى المدنية ، ولكن يشترط فى ذلك أن يكون ما قطع به القاضى الجنائى فى هذا الشأن ضروريا للفصل فى الدعوى العمومية بحيث لا يعتبر تعرضه له تزيدا منه (٨) • فمثلا اذا

---

(٥) نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٣٩ المحاماة ١٩ — ١١١٦ — ٤٤٣ ، غازيت المحاكم المختلطة ٣١ — ١٠٤ — ٢ ، ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٧٦١ — ٢٩٤ ، وانظر نقض فرنسى ٢٩ يوليه ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ — ٦ — ٥ وتعليق ريبير •

(٦) نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٣٩ المحاماة ١٩ — ١١١٦ — ٤٤٣ •

(٧) استئناف ٢٠ مارس ١٩٠٦ المجموعة ٧ — ١٨٢ — ٨٩ ، ١٨ يناير ١٩٣٨ المحاماة ١٨ — ٦٢٧ — ٣٠٦ ، استئناف ١٩ يناير ١٩٢٧ المحاماة ٧ — ٥٨٨ — ٣٩٢ •

(٨) نقض جنائى ١٩ مايو ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ٤٨ — ٣٢ ، وانظر مازو نبذة ١٨٠٨ وما بعدها ، مصطفى مرعى نبذة ٣٣٤ وما بعدها •

أثبت القاضى الجنائى فى حكمه وقوع خطأ من المجنى عليه ، فان هـذا لا يقيـد المحكمة المدنيـة لأنه لم يكن لازما له فى الفصـل فى الدعوى العمومية ويعتبر تزيدا منه لا تثبت له حجية الحكم الجنائى (٩) .

واذا كان حكم البراءة مبنيا على الشك فى مسئولية المتهم ، أو على عدم كفاية الأدلة ، فيرى البعض أن هذا الحكم يمنع المحكمة المدنية من اعادة البحث فى الموضوع ، لأنه مادامت المحكمة الجنائية التى خولهـا المشرع سلطة واسعة فى التحقيق والاثبات قد قررت عدم امكان اثبات مسئولية المتهم ، فلا يجـوز أن يسمح للمحـكمة المدنيـة ذات السلطة المحدودة أن تقول بامكان اثبات هذه المسئولية . هذا فضلا عن انه اذا أبيح للمحكمة المدنية قبول أدلة أخرى والحكم بالتعويض — ان رأت أن الأدلة أصبحت كافية — فان هذا يؤدى الى امكان اثبـات جريمة دون سبيل الى محاكمة فاعلها لسبق الحكم ببراءته من المحكمة الجنائية ، وفى هذا مخالفة واضحة لنظم العدالة بين أفراد المجتمع (١٠) .

ويرى فريق آخر أن الحكم الجنائى فى هذه الحالة لا يمنع المحكمة المدنية من اعادة البحث فى الموضوع ، لعلها تظفر باثبات ما يبرر حكمها

---

(٩) استئناف مصر ٢٠ فبراير ١٩٣٨ المحاماة ١٩ — ٥٢٦ — ٢٢٢ ، الاسكندرية الوطنية ٨ مـايو ١٩٣٧ المحـاماة ١٨ — ٣٦٣ — ١٨٦ ، مصر المختلطة ٢٩ مايو ١٩٤٠ و ٥ يونيه ١٩٤٠ الغازيت ٣١ — ٥٣ — ٤٥ ، نقض فرنسى (عرائض) ١٨ فبراير ١٩٣٥ داللوز الاسبوعى ١٩٣٥ — ١٦٤ ، نشأت فى رسالة الاثبات نبذة ٥٩٠ ، مازو نبذة ١٧٩٨ و ١٨٤٢ ، بيرسون ودى فيليه جـ ٢ ص ١٥٨ نبذة ٣١٢ ، وكذلك اذا قضت المحكمة ببراءة المتهم (سائق السيارة) بناء على أن الحادث وقع بخطأ أجنبى (خفير مزلقان) استئناف ٢٤ يونيه ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٢ — ١٧٥ — ٩٠ .

(١٠) نقض جنائى ١٩ مايو ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ٤٨ — ٣٢ ، أبو تيج الجزئية ٢٥ يناير ١٩٣٠ المحاماة ١١ — ١٨٥ — ١١٣ ، نقض فرنسي (مدنى) اول أبريل ١٩٣٥ غازيت القضاء ١٩٣٥ — ١ — ٨٧٦ ، نشأت نبـذة ٥٨٩ ، هبك جـ ٨ نبذة ٣٤٠ ص ٤٣٧ ، مازو نبذة ١٨٠٩ ، بيرسون ودى فيليه جـ ٢ ص ١٧٢ نبذة ٣١٩ ، سـامى مازن فى مجلة القـانون والاقتصـاد ٢ — ٣٤٨ ، جريوليه فى داللوز ١٨٦٤ — ١ — ٤٢٨ .

بالتعويض ، لأن تقرير المحكمة الجنائية انها لم تستطع اثبات الخطأ لا يجزم بعدم وقوعه ولا يتعارض مع قيام المحكمة المدنية باثباته (١٠ مكرر). ولا يقيم القائلون بهذا الرأى وزنا لما يعترض به من أن الحكم بالتعويض يكشف عن جريمة لا يمكن محاكمة فاعلها ، لأنهم يعتبرون الخطأ المدنى غير الخطأ الجنائى ، ويذهبون بناء على ذلك الى حد القول بأن حكم البراءة حتى لو جزم بعدم وقوع الخطأ المسند الى المتهم لا يمنع المحكمة المدنية من البحث عن وقوع خطأ مدنى يستتبع الحكم بالتعويض (١١).

والظاهر من حجج الفريقين أن أساس الخلاف بينهما هو فى اختلاف وجهة نظر كل منهما الى الخطأ المدنى والخطأ الجنائى من حيث ضرورة التلازم بينهما أو عدم ضرورته . فالقول باستقلال الخطأ المدنى عن الخطأ الجنائى يؤدى الى اجازة الحكم بالتعويض فى حالتى الحكم بالبراءة سواء أكان ذلك للشك فى وقوع الخطأ الجنائى أم للجزم بعدم وقوعه . أما القول بالتلازم بين الخطئين ، فيترتب عليه أن الحكم بالتعويض يستحيل فى حالة الجزم بانتفاء الخطأ الجنائى ، ولكنه يبقى محل خلاف فى حالة البراءة لعدم كفاية الأدلة . ولذلك يتعين البحث فى الصلة بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى .

(١٠ مكرر) استئناف ٣ فبراير ١٩١٢ المجموعة ١٣ — ٢٤٦ — ١١٨ ، ١٩ يناير ١٩١٤ المجموعة ١٥ — ١١٨ — ٦١ ، ١٩ نوفمبر ١٩٧١ المجموعة ١٩ — ٤٦ — ٣١ ، ١٣ فبراير ١٩٢٢ المحاماة ٢ — ٣٢ — ١٠٢ ، ٤ مايو ١٩٢٥ المحاماة ٥ — ٧٤٧ — ٦١٧ ، ١٧ أبريل ١٩٢٩ المحاماة ٩ — ٦٤٦ — ٤٠٨ ، الاسكندرية الاهلية ١٤ ديسمبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ — ٥٩٨ — ٢٩٨ ، اسيوط الجزئية ١٤ مايو ١٩٢٩ المحاماة ١٠ — ٧٧٩ — ٣٨٩ ، استئناف مصر ٢٣ ديسمبر ١٩٣٠ المجموعة ٣٢ — ٣٩٤ — ١٩٢ المحاماة ١١ — ٨٢٣ — ٤٢٥ ، القانون والاقتصاد ٢ ص ٣٣٩ وتعليق الاستاذ محمد سامى مازن ، نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٣٩ المحاماة ١٩ — ١١١٦ — ٤٤٣ ، جارو ، تحقيق جنايات جـ ٦ نبذة ٢٣٥٥ ثانيا ، جرانمولان تحقيق جنايات جـ ٢ ص ٢٧٦ ، ذهنى فى المداينات جـ ٢ ص ٤٧٦ والموسوعة البلجيكية تحت كلمتى Chose Jagée نبذة ١٨٢ والمراجع المشار اليها فى نبذة ١٨٤ .

(١١) روتسائرت ، فى أساس المسئولية اللاتعاقدية ، بروكسيل ١٩٣٠ ص ٢٧٠ ، وليمس Willems فى المجلة العامة للقانون والتشريع والقضاء ١٨٩٥ ، المجلد ١٩ ص ٤٠٦ .

٨ — الخطأ الجنائى والخطأ المدنى : الخطأ الجنائى خطأ موصوف يقوم على النص عنـــه فى قانون العقوبات • أما الخطأ المـــدنى فهو كل انحراف عن قاعدة سلوك عامة ، وتقديره متروك للقاضى (*) • ولكن ألا يمكن مع ذلك أن يختلط أحدهما بالآخر اختلاطا تاما بحيث لو انتفى الخطأ الجنائى اختفى معه الخطأ المدنى ؟

يجب للجواب عن ذلك أن نفرق بين جرائم العمد وجرائم الاهمال •

٩ — فى جرائم العمد . ففى جرائم العمد يعتبر القصد الجنائى أحد أركان الجريمة الجنائية ، وبعبـــارة أخرى فان الخطأ الجنـــائى لا يتوافر الا اذا كان المتهم قد ارتكب الفعل متعمدا اياه ، فاذا انتفى القصد انتفى معه الخطأ الجنائى ووجبت البراءة • ولكن هذا الفعل الذى ارتكبه المتهم بغير عمد قد يكون انحرافا عن قاعدة السلوك العامة ، فيعتبر خطأ مدنيـــا يستوجب الحـــكم بالتعويض بالرغم من البـــراءة فى الدعوى العمومية (١٢) •

وكذلك الحال اذا كان القصد الجنائى لابد من اقترانه باستعمال طرق احتيالية لتوافر الخطأ الجنائى كما فى جريمة النصب ، وحكم ببراءة المتهم لعدم استعماله طرقا احتيالية ، فان مجرد الكذب الذى وقع منـــه يعتبر خطأ مدنيا يستوجب التعويض (١٣) •

١٠ — فى جرائم الاهمال : أما اذا كان قانون العقوبات لا يشترط العمد فى الجريمة ، بل يعاقب على ارتكابها بمجرد الاهمـــال ، فيبدو أول

(*) يراجع فى تعريف الخطأ وضبط معياره بحثنا الذى تقدم نشره فى ص ٣ وما بعدها .

(١٢) نقض جنائى ٣ يونيه ١٩٠٥ المجموعة ٧ — ٢٦ — ١٣ ، استئناف مختلط ٢٣ ابريل ١٩٣١ (٤٣ ص ٣٦٧) ، ٢٠ فبراير ١٩٣٦ (٤٨ ص ١٥٦) ، نشأت ص ٣٤٦ نبذة ٥٩٢ ، مازو نبذة ١٨١٨ ، جارو تحقيق جنايات جـ ٦ نبذة ٢٣٤٤ ونبذة ٢٣٥٥ أولا ، عيك جـ ٨ ص ٤٣٨ .

(١٣) استئناف مختلط ١٩ يونيه ١٩٣٩ الغازيت ٣١ — ٤٦ — ٣١ ، نشأت نبذة ٥٩٤ مكرر .

الأمر أن الخطأ الجنائى يتسع حتى يشمل الخطأ المـدنى فينتفى هـذا بانتفاء ذاك ، ويمتنع الحكم بالتعويض مع الحكم بالبراءة • ولكن المسألة أدق من أن يكتفى فيها بهذه النظرة السطحية ، وهى فى الواقع محل خلاف شديد طال عليه الأمد ولما ينحسم بصفة نهائية • وأهم مثال لذلك جرائم القتل والجرح خطأ المنصوص عنهـا فى المادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ ع (١٤) • فيحسن أن نستعرض بشأنها أحكام المحاكم وآراء الشراح •

١١ — أحكام المحاكم : جرت المحاكم الفرنسية والبلجيكية منـذ وضع مجموعات القوانين فى عهـد نابليون على التمييز فى حالة القتـل والجرح خطأ بين الخطأ الجنـائى والخطأ المـدنى ، وأجازت الحـكم بالتعويض بالرغم من البراءة (١٥) •

واستمرت المحاكم البلجيكية على ذلك عدة سنوات بعد تعديل قانون العقوبات فى سنة ١٨٦٧ ، ولكنها نبذت هذا الرأى فى أوائل الربع الأخير من القرن الماضى واعتبرت أن المادتين ٤١٨ و ٤٢٠ قد نصتا على جميـع أنواع الخطأ بحيث يتعذر وقوع أى خطأ مهمـا كان يسيرا لا يقع تحت طائلتهما ، وعلى ذلك قضت بأن الحكم بالبراءة من تهمة القتل أو الجرح خطأ يفيد حتما انتفاء الخطأ المدنى ويحول دون الحكم بالتعويض (١٦) •

---

(١٤) نصت المادة ٢٣٨ ع • على أن « من قتل نفسا خطأ أو تسبب فى قتلها بغير قصد ولا تعمد بأن كان ذلك ناشئا عن رعونة أو عن عدم احتياط وتحرز أو عن اهمال وتفريط أو عن عدم انتباه وتوق أو عن عدم مراعاة واتباع اللوائح يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه » • ونصت المـادة ٢٤٤ ع • على ما يقرب من ذلك • وهاتان المادتان تقـابلان المادتين ٢٠٢ و ٢٠٨ من قانون سنة ١٩٠٤ ، والمادتين ٣١٩ و ٣٢٠ من القانون الفرنسى ، والمادتين ٤١٨ و ٤٢٠ من القانون البلجيكى المعدل فى سنة ١٨٦٧ • انظـر الموسوعة البلجيكية نبذة ١٩٣ •

(١٥) نقض فرنسى مدنى ٩ يوليه ١٨٦٦ دالوز ١٨٦٦ — ١ — ٣٣٤ ، وانظر فيمـا يتعلق بالنقض البلجيكى روتسائرت ص ٢٧٢ وقـد اشار الى الباندكت البلجيكية فى كلمة acquittement نبذة ٣٣٢ •

(١٦) انظـر على الاخص نقض بلجيكى أول مـارس ١٨٩٤ سـيرى ١٨٩٥ — ٤ — ٣٠ ، بروكسيل ٢٧ فبراير ١٩٣٢ سيرى ١٩٣٢ — ٤ — ٢١ ، والموسوعة البلجيكية نبذة ١٩٣ •

أما المحاكم الفرنسية ، فقد ثبتت على رأيها الأول حتى سنة ١٩١٢ (١٧) • ثم انصرفت عنه هى الأخرى مقتفية أثر المحاكم البلجيكية ، فقررت أنه اذا برأت المحكمة الجنائية المتهم باحداث جرح خطأ ، فان القاضى المدنى لا يستطيع أن يقضى للمصاب بتعويض دون أن يعتدى على حجية الشىء المحكوم فيه من المحكمه الجنائية (١٨) • ولكنها عادت الى رأيها السابق بين سنتى ١٩٢٤ و ١٩٢٦ فى عدة أحكام أجازت القضاء بالتعويض بالرغم من الحكم بالبراءة (١٩) • غير أنه لوحظ على هذه الأحكام أن موضوعها جميعا أحكام جنائية صادرة من محاكم استثنائية ، كمحاكم التجارة البحرية والمحاكم العسكرية ، ولذلك لم يستغرب أن تعود محكمة النقض الفرنسية بعد سنة ١٩٢٦ الى نظرية استغراق الخطأ الجنائى للخطأ المدنى وعدم جواز القضاء بالتعويض مع الحكم بالبراءة (٢٠) ، الا أن قسما كبيرا من محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية لم ينضم الى رأى محكمة النقض فى ذلك (٢١) •

---

(١٧) انظر نقض فرنسى (عرائض) ٣١ اكتوبر ١٩٠٦ دالوز ١٩١٠ — ١ — ٥١١ .

(١٨) نقض فرنسى (مدنى) ١٨ ديسمبر ١٩١٢ و ١٢ يونيه ١٩١٤ دالوز ١٩١٥ — ١ — ١٧ ، ٦ يونيه ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ٢٠٤ .

(١٩) انظر بيان هذه الاحكام فى كتاب لالو نبذة ١٩ ، وفى مازو نبذة ٦٤٣ .

(٢٠) نقض فرنسى (عرائض) ١٦ يوليه ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ — ١ — ٣٣ وتعليق سافاتييه ، (مدنى) ١٥ يناير ١٩٢٩ دالوز ١٩٣٠ — ١ — ٤١ وتعليق سافاتييه ، سيرى ١٩٣٠ — ١ — ١٧٧ وتعليق أسمان ، (مدنى) أول ابريل ١٩٣٥ غازيت القضاء ١٩٣٥ — ١ — ٨٧٦ . وانظر فى تفصيل تطور القضاء فى هذا الموضوع :

J. Bichot, La responsabilité des accidents causés par les automobiles, Paris, 1932, p. 23 et s.

(٢١) انظر على الاخص باريس ٢٨ نوفمبر ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٩٣١ — ١ — ١١٤ ، ليون ٢٤ يوليه ١٩٣٣ دالوز الاسبوعى ١٩٣٣ — ٥٥٢ ، بواتييه ٥ مارس ١٩٣٦ غازيت القضاء ١٩٣٦ — ١ — ٥٩٧ ، محكمة Epinal ١٤ يوليه ١٩٢٥ غازيت القضاء ١٩٢٥ — ٢ — ٦٢٩ والاحكام الاخرى التى اشار اليها مازو فى نبذة ١٨٢٣ هامش ٤ وبيسون فى دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢٣ النهر الثانى .

وفى مصر قضت المحاكم بأنه اذا برأت المحكمة الجنائية المتهم من تهمة اصابة شخص خطأ ، فان حكمها — باعتبار أنه لم يفصل الا فى أمر انطباق أو عدم انطباق التهمة على أحكام قانون العقوبات — لا يحول دون بحث القاضى المدنى فيما اذا كانت الوقائع المنسوبة الى المتهم تعتبر شبه جنحة يترتب عليها مسئولية مدنية (٢٢) . وقد عللت ذلك محكمة الاسكندرية الأهلية باختلاف ماهية الخطأ أو الاهمال من الوجهة الجنائية عنه من الوجهة المدنية فى حالة القتل خطأ (٢٣) ، وعللته محكمة استئناف مصر « بأن التقصير فى ايجاب ضمان التلف يختلف فى الدرجة عن الاهمال فى ايجاب العقوبة على القتل أو الجرح الخطأ ، وان كانا من طبيعة واحدة ، وبأنه لا تناقض بين أن تجد المحكمة المدنية ما يوجب الضمان فيما لم تر المحكمة الجنائية محلا للعقوبة عليه » ، وبناء على ذلك قضت بأن مالك البناء يكون مسئولا اذا تصدع بناؤه باهماله فأتلف ملك جاره ، وأن هذه المسئولية المدنية لا ترتفع عنه ولو حكم ببراءته جنائيا من تهمة القتل الناشىء عن الاهمال (٢٤) .

غير أن محكمة النقض المصرية لم تر السير فى هذا الاتجاه الذى اتجهته محاكمنا الابتدائية والاستئنافية والذى سارت عليه المحاكم الفرنسية قرنا كاملا ، بل أخذت تترسم الخطوات المترددة التى خطتها محكمة النقض الفرنسية منذ سنة ١٩١٢ ، فأخذت فى حكمها الصادر بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ بالرأى القائل بوحدة الخطأ الجنائى والمدنى فى جرائم الاهمال وقالت فى أسباب حكمها : « ومن حيث أن أساس الدعوى الحالية هو ما تنسبه الطاعنة الى المدعى عليه من تقديمه الى النجار قطعة خشب قديمة لم تتحمل الضغط حتى سقطت بالمدعية وسببت الحادثة ، كما أنها تسند اليه خطأ آخر وهو سوء اختياره لذلك

---

(٢٢) طنطا استئنافى ١٣ يناير ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ — ١٤ — ١١ .
(٢٣) الاسكندرية الوطنية ١٤ ديسمبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ — ٥٩٨ — ٢٩٨ .
(٢٤) استئناف مصر ٢٨ يناير ١٩٢٨ المحاماة ٩ — ٣٨٠ — ٢١٢ .

النجار ، ولذلك فقد اعتبرته مسئولا بالمادة ١٥١ مدنى عن الخطأ الأول وبالمادة ١٥٢ عن سوء اختياره للنجار . ومن حيث انه يبين من الرجوع الى الحكم الجنائى ... أن الخطأ الذى تنسبه الطاعنة للمطعون ضـده هو نفس الأساس الذى قامت عليه الدعوى الجنائية ، وقد عرض الحكم الجنائى لهذا الخطأ فنفاه نفيا باتا عن المطعون ضـده . فاذا لوحظ أن المادة القانونية التى كانت النيابة تطلب تطبيقها هى المادة ٢٠٨ ع وأن نص هذه المادة عام يشمل الخطأ أيا كان نوعه ، فان الحكم الجنائى يجب احترامه أمام القضاء المدنى ويتعين اذن عدم الالتفات الى هذا الشق من وجه الطعن » (٢٥) .

وها هى قد عادت تؤكد هـذا المعنى من جديد فى حكمها الصـادر بتاريخ ٨ مارس ١٩٤٣ موضوع هذا التعليق (٢٦) .

هذا هو الرأى الذى سبقت اليه المحاكم البلجيكية ، ثم اتبعته من بعدها محكمة النقض الفرنسية وأخيرا محـكمة النقض المصرية . فهل أقره الشراح ؟

١٢ — آراء الشراح : شايع بعض الشراح الحديثين المحـاكم فى رأيها الأخير ، وذهبوا الى أن صور الخطأ التى عينها قانون العقوبات ، وهى الرعونة وعدم الاحتياط أو التحرز والاهمـال أو التفريط وعـدم الانتباه أو التوقى وعدم مراعاة اللوائح تسع كل أنواع الخطأ فى جميع درجاته ، وكل تقصير مهمـا كان هينـا يمكن أن يقع تحت طائل هـذه

---

(٢٥) نقض مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٧٦١ — ٢٩٤ ، القانون والاقتصاد ١٠ — ٣ — ٣٧ — ١٢ (وبالنسبة للشق الثانى من الطعن قررت المحكمة ان النجار لا يعتبر تابعا للمالك) . وانظر أيضـا نقض ٢١ مايو ١٩٢١ المحاماة ٢ — ١٧٥ — ٥١ . قارن عكس ذلك نقض جنائى ١٧ نوفمبر ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٤٦٨ — ١٨٥ .

(٢٦) راجع عبارات هذا الحكم فيما سبق ص ٩٦ وما بعدها .

العبارات الواسعة المعنى (٢٧) • فالقانون الجنائى يحاسب فى هذه الحالة على الخطأ اليسير كما يحاسب عليه القانون المدنى ، فليس ثمت مجال للتفرقة من حيث الدرجة بين الخطأ الجنائى والخطأ المدنى • يضاف الى ذلك أن معيار تقدير كل من الخطئين واحد ، فكما أن الخطأ المدنى يقدر بمعيار موضوعى — أى بمقارنة مسلك المدعى عليه بمسلك رجل متوسط اذا وجد فى ذات الظروف الخارجية التى وجد فيها المدعى بمسئوليته — فكذلك الحال فى تقدير الخطأ الجنائى فى جرائم الاهمال التى ترك المشرع فيها للقاضى تقدير الاهمال (٢٨) • ورتبوا على ذلك أنه اذا اتهم انسان بتهمة قتل أو جرح وقع خطأ — وتحددت فى وصف التهمة الواقعة التى تكون ركن الخطأ فعلا كان أو تركا — وقضى جنائيا ببراءته ، فليس للقاضى المدنى بعد ذلك أن يرى فى هذه الواقعة خطأ يبيح المساءلة المدنية لأن فى ذلك مساسا بالاحترام الواجب للحكم الجنائى (٢٩) •

غير أن الكثرة الغالبة من الشراح لاتزال ترى أن الخطأ الجنائى يختلف عن الخطأ المدنى فى جرائم الاهمال هذه كما فى غيرها ، بالرغم من شمول ألفاظ القانون الخاصة بها — فى الظاهر على الأقل — لكل صور

---

(٢٧) لاكوست نبذة ١١١ ، بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ ص ٩١٦ نبذة ٦٧٩ ، مازو نبذة ٦٤٠ وما بعدها ونبذة ٢١٤٩ ، كافاروك فى تعليق على حكم ريوم ٦ مارس ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ١ — ٨٤٠ ، جارو جـ ٥ نبذة ٢٠٥٦ ، Nypels فى حاشية قانون العقوبات البلجيكى المادة ٤١٨ ، Morel فى سيرى ١٩١٤ — ١ — ٢٤٩ وفى سيرى ١٩٢١ — ١ — ١٧ ، مصطفى مرعى ص ٥١ نبذة ٥٦ ، سامى مازن فى مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٣٥٠ ، على بدوى فى الجريمة سنة ١٩٣٨ ص ٣٨٠ ، القللى فى المسئولية الجنائية سنة ١٩٤٥ ص ٢٢٦ •

(٢٨) مازو نبذة ٦٤٠ وما بعدها . والى هذا اشارت محكمة النقض فى حكم ٨ مارس ١٩٤٣ عندما قررت أن كل خطأ مهما كانت جسامته يدخل فى متناول المادة ٢٤٤ ع ، وأن الخطأ الجنائى المنصوص عليه فى هذه المادة لا يختلف عن الخطأ المدنى فى أى عنصر من عناصره ، وأن معيار الخطأ ومقداره فى الحالتين واحد (راجع ما تقوم فى ص ٩٦ وما بعدها) •

(٢٩) هيك جـ ٨ نبذة ٣٤٠ ص ٤٣٧ •

الخطأ الممكنة (٣٠) • ولذلك لا يرون تناقضا بين الحكم بالتعويض والحكم بالبراءة • ويعلل بعضهم ذلك بأن القانون الجنائى ، لا يتعرض الا للخطأ الجسيم الى حد ما ، أما فى القانون المـدنى فيسأل الشخص عن الخطأ فى كل درجاته (٣١) • ويستندون فى ذلك الى أن المشرع الجنائى لو أراد غير ذلك لاكتفى باستعمال لفظ الخطأ كما استعمله القانون المدنى ، ولمـا احتاج الى تعداد صور الخطأ التى تقع تحت طائلة العقاب ، تلك الصور التى يعتبرها شراح القانون الجنائى واردة على سبيل الحصر ، والتى

---

(٣٠) بارتان فى الطبعة الخامسة من أوبرى ورو جـ ١٢ نبذة ٧٦٩ مكرر ص ٤٧٠ هامش ١٨ فى نهايته ، ديمولومب جـ ٣٠ نبذة ٤٢٧ ، ماركاديه الطبعة الثامنة جـ ٥ ص ٢٠٩ ، جارسون فى حاشـيته على قانون العقوبات المادتان ٣١٩ و ٣٢٠ نبذة ١٩ ، فيـدال فى شرح قانون العقوبات الطبعة السـابعة باشراف مانيول ، باريس سنة ١٩٢٨ ص ١٨٢ ، دنديبه دى فابر ص ٩٠١ ، رو جـ ١ نبذة ٤٠ ، رو تعليق فى سيرى ١٩٢٧ — ١ — ٣٣ (النهر الثالث) ، ريبير تعليق فى دالوز ١٩٢٥ — ١ — ٧ (النهر الاول) ، اسمان تعليق فى سيرى ١٩٢٤ — ١ — ٣٢٣ (النهر الثانى) ، وليمز فى المجلة العامة للقانون والتشريع والقضاء المجلد ١٩ ص ٤٠٥ ، سورداً فى المسئولية المدنية الطبعة السادسة جـ ١ ص ٣٤٦ نبـذة ٣٦٧ ثالث ، لابورد لاكوست فى المسـئولية الجنائية وعلاقتها بالمسئولية المدنية رسالة دكتوراه بوردو ١٩١٨ ص ١٩٦ وما بعدها ، بريدوم فى المجلة الانتقادية ١٩٢٥ ص ٢١٣ — ٢١٧ نبذة ٩ وما بعدها ، جان شميدت فى الخطأ المدنى والخطأ الجنـائى باريس ١٩٢٨ ص ١٠٦ و ص ١٨٥ ، روتسائرت ص ٢٧٢ ، دى باج جـ ٢ نبذة ٩٠٧ حرف أ ، احمد أمين فى شرح قانون العقوبات ص ٣٧٠ ، أحمد نشأت فى الاثبـات نبذة ٥٩٤ ، محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى فى شرح قانون العقوبات حـ ١ ص ٣٦٤ ، شيرون وبدوى ص ٧٠ فقرة ٣٣ .

Hébraud, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, thèse Toulouse, 1929, p. 480; Gros, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, thèse, Montpellier, 1928; Capitant, Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1919-1920 p. 203; J. Loup, La responsabilité des accidents causés par les automobiles, Paris, 1932, p. 37 et s.

وتعليقات دالوز على المادة ١٣٥١ نبذة ٢١٤٨ والمراجع المشار اليها فيها .

(٣١) أحمد امين بك ص ٣٧٠ ، وبهذا التعليل اخذ حكم استئناف مصر ٢٨ يناير ١٩٢٨ السابق الاشارة اليه .

يفسرون ايرادها على هذا الشكل فى قانون العقوبات الفرنسى عند وضعه فى سنة ١٨١٠ — حيث لم يكن فيه لنظام الظروف المخففة شأن يذكر فى النزول بالعقوبات عن حدها الأدنى — برغبة المشرع اذ ذاك فى استبعاد تطبيق ذلك الحد الأدنى من العقوبات على بعض الصور الخفيفة من الخطأ (٣٢) • ويعلله غيرهم بأن القاضى الجنائى لا صفة له فى تقدير الواقعة الا من الناحية الاجرامية وبغية توقيع العقوبة ، فاذا قرر أن المتهم لم يرتكب خطأ ، فان ذلك لا يفيد قانونا سوى أن الأركان المكونة للجريمة التى يعاقب عليها القانون الجنائى لم تتوافر فى هذه القضية • اذ أن الظرف الواحد قد لا يكون استيجابه للعقوبة الجنائية واضحا بدرجة كافية ، ولكنه يبدو للقاضى المدنى — المكلف بفرض التعويض جزاء كل خطأ مهما كان يسيرا — كافيا لتبرير الحكم بتعويض مالى • ولذلك يجب أن يترك للقاضى المدنى كامل السلطة فى تقدير هذه الوقائع دون التقيد فى ذلك بحكم القاضى الجنائى (٣٣) •

١٣ — ترجيح فكرة استقلال الخطأ المدنى عن الخطأ الجنائى :
ونحن نرى هذا الرأى الأخير أقرب الى الصواب ، ونعتقد أنه بالتأمل فى الرأى الذى ذهبت اليه المحاكم أخيرا يتضح أنه تجاهل حقيقتين ثابتتين متعلقتين بطبيعة كل من الخطئين وبمرجع تقديرهما عند القاضى وأنه يؤدى الى نتائج لا تتفق مع مصلحة العدالة ولا مع المنطق القانونى•

(أ) من حيث طبيعة كل من الخطئين المدنى والجنائى — انه من المسلم به أن الخطأ الجنائى فى جرائم العمد يختلف فى طبيعته عن الخطأ

---

(٣٢) انظر رو فى تعليقه فى سيرى ١٩٢٧ — ١ — ٣٤ ، فيدال ومانيول الطبعة السادسة نبذة ١٣٦ ، جارسون فى حاشيته على قانون العقوبات على المادتين ٣١٩ و ٣٢٠ نبذة ١٩ ، شوفو وفوستان هيلى الطبعة السادسة جـ ٤ نبذة ١٤١٦ .

(٣٣) سوردا جـ ١ ص ٣٤٦ نبذة ٣٦٧ ثالث ، وبهذا التعليل أخذ حكم طنطا ١٣ يناير ١٩٢٦ والاسكندرية ١٤ ديسمبر ١٩٢٩ السابق الاشارة اليهما .

المدني ، وأن الأول ينظر فيه الى الناحية الاجرامية ومن حيث اضراره بالمجتمع ، ويكون جزاؤه عقوبة زاجرة رادعة ، فى حين أن الثانى ينظر فيه من حيث اضراره بالفرد واخلاله بالتوازن بين الذمم المالية ويكون جزاؤه إعادة هذا التوازن بتعويض مالى • فاذا اتسعت دائرة الخطأ الجنائى فى جرائم الاهمال حتى شملت — من الناحية النظرية على الأقل — جميع صور الخطأ المدنى وطابقت بذلك دائرة هذا الخطأ ، فان التطابق لا يبرر بأى حال اغفال الفرق فى طبيعة كل من الخطئين ، والقول بوحدة الخطأ •

(ب) ومن حيث مرجع تقديرهما عند القاضى — ان العقوبات التى يوقعها القاضى طبقا لنصوص قانون العقوبات تدمغ الشخص عادة بطابع الاجرام ، ولذلك أوجبت روح التشريع على القاضى الجنائى ألا يستعمل سلطته المطلقة فيما يتعلق بتقدير ثبوت الجريمة الا بمنتهى الحذر ، مع ترجيح جانب البراءة عند الشك • وبما أن أمر تقدير الخطأ متروك للقاضى ، فيجب عليه اذا تردد فى وصف الفعل الذى وقع من المتهم بأنه خطأ يستوجب عقوبة أو انه ليس كذلك أن يرجح جانب البراءة على الادانة ويحكم بنفى الخطأ ، ولا سيما أن المجتمع ، وهو المجنى عليه ، يتأذى من عقاب شخص برىء أكثر مما يتأذى من تبرئة شخص مذنب ليس ذنبه بدرجة من الوضوح كافية لاقناع القاضى بشكل قاطع • أما الاتجاه العام فى المسئولية المدنية ، فعلى النقيض من ذلك ، اذ يرمى الى مساعدة المصاب وتسهيل حصوله على التعويض فى كل الحالات التى يظل سببها مجهولا لعدم قيام الدليل على خطأ الفاعل أو على أى سبب أجنبى معين (٣٤) • فالتشريع قد نص على اعتبار الشخص مخطئا لمجرد وقوع الضرر من حيوانه أو من تابعه ، والمحاكم قد توسعت فى فهم الواجبات القانونية تسهيلا لتقرير وقوع الخطأ من المدعى عليه ، كما توسعت فى استعمال القرائن القضائية وفى التسليم بوجود قرائن

---

(٣٤) انظر رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٨٠ وما بعدها .

قانونية (٣٥) ، فأصبح يصح القول بأن القاضى المدنى اذا وجد أقل شبهة على خطأ المدعى عليه ، فانه لا يتردد فى الحكم عليه بالتعويض ، فى حين أن القاضى الجنائى لو تشكك وجب عليه الحكم بالبراءة (٣٦) .

(ج) ومن حيث توفير المرونة اللازمة لتحقيق العدالة : فان القول بوحدة الخطأ الجنائى والخطأ المدنى لا يدع للقاضى الا أن يختار بين أن يحكم بالادانة والتعويض معا ، أو أن يحكم بالبراءة ورفض التعويض معـا . فيحمله ذلك أحيـانا على رفض التعويض لأنه يستكثر الادانة الجنائية ، وأحيانا أخرى على رفض البراءة لشعوره بأن العدالة تقتضى منح تعويض للمصـاب . وليس من شأن ذلك أن يسـاعد على تحقيق العدالة على الوجه الأكمل . أما القول باستقلال الخطأ المدنى عن الخطأ الجنائى وعدم التلازم بين المسئوليتين ، فانه يتيح للقـاضى حلا وسطا يستطيع أن يدرأ عن طريقه فى كثير من الحالات عيوب الحلين المتطرفين .

فمثلا اذا تصدع بناء باهمال مالكه فقتل أحد الجيران وأتلف ماله ، ورأت المحكمة تبرئة المالك من تهمة القتل الناشىء عن الاهمال ، جاز لها بالرغم من ذلك الزام المالك بتعويض الضرر الذى أصاب الجار (٣٨) ، واذا كلف مالك نجارا بعمل معين وقدم له قطعة خشب قديمة لم تتحمل الضغط حتى سقطت بأحـد السكان وسببت الحادثة ، أمكن المحـكمة أن تلزم المالك بالتعويض دون أن تقضى عليه بعقوبة القتل الناشىء عن الاهمال (٣٨) ، وكذلك اذا ارتكب سـائق سيارة حادثا بسبب انطفـاء أنوار سيارته قبيل وقوع الحـادث دون أن يفطن الى انطفائها ، فقـد

---

(٣٥) انظر رسالتنا المذكورة ايضا ص ١٩ وما بعدها .

(٣٦) روتسـائرت ص ٢٧٤ ، وانظـر كابيتان فى دالوز الاسـبوعى ١٩٣٠ ص ٦١ ؛ اسمان فى تعليقـه فى سيرى ١٩٢٤ — ١ — ٣٢٣ (النهـر الثانى) .

(٣٧) انظر استئناف مصر ٢٨ يناير ١٩٢٨ السابق الاشارة اليه .

(٣٨) قارن نقض ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ السابق الاشارة اليه .

تتحرج المحكمة من توقيع العقوبة عليه ولكنها قد ترى العدالة فى الزامه بالتعويض .

ولا يصح أن يعترض على هذا الحل بأنه يؤدى الى مناقضة الحكم المدنى للحكم الجنائى ، مادام مسلما بأن الخطأ الذى يفصل فيه كل من الحكمين يختلف عن الآخر فى طبيعته وفى مرجع تقديره (٣٩) .

(د) ومن حيث ارتباط هذه المسألة بالمسألتين التاليتين : فانا سنرى أن المحاكم خالفت فى المسألة الثانية منطق نظريتها ، واضطرت — بالرغم من تقريرها وحدة الخطأ المدنى والخطأ الجنائى — الى التسليم ، حتى فى حالة الحكم بالبراءة ، بجواز الحكم بالتعويض بناء على المسئولية التعاقدية أو المسئولية التقصيرية المفترضة ، وعللت ذلك بأن سبب المسئولية فى هذه الحالات الأخيرة يختلف عن سببها فى حالة المسئولية العادية أى المبنية على خطأ ثابت ، ثم جرها ذلك الى النتائج التى رتبتها على نظريتها فى تعدد سبب المسئولية عن الفعل الضار الواحد ، تلك النتائج التى سنرى أنه لا يمكن التسليم بها ، فضلا عن ارتكانها على

---

(٣٩) وقد أخذ بذلك المشرع البرتغالى فى المادة ٢٥٠٥ مدنى ونصها :

L'acquittement du prévenu par les tribunaux criminels ou correctionnels ne s'oppose pas à l'action en dommages-intérêts.

والمشروع الفرنسى الايطالى فى المادة ٣٠٣ منه ونصها :

«La demande de dommages-intérêts en raison d'un préjudice causé par un acte illicite ne peut être écartée par l'exception de chose jugée résultant de la décision d'une juridiction répressive, qui, statuant exclusivement sur la question de culpabilité, aurait prononcé l'absolution ou l'acquittement de l'inculpé».

وكذلك واضعو مشروع تنقيح القانون المدنى المصرى فى مذكرته الايضاحية ج ٢ المادة ٥٤٤ ص ٧٢٤ . وأنظر أيضا فيما يتعلق بالقانون المقارن ديموج ج ٤ نبذة ٥٩٠ وما بعدها .

أساس فاسد .

أما التمسك باستقلال الخطأ المدنى عن الخطأ الجنائى ، فمن شأنه أن يؤدى فيما يتعلق بالمسألة الثانية الى ذات النتائج التى وصلت اليها المحاكم ولكن فى غير مجافاة للمنطق ، وفيما يتعلق بالمسألة الثالثة الى النتائج الصحيحة التى يتعين على المحاكم الأخذ بهــا ، بدلا من تلك النتائج غير السليمة التى ما وصلت اليها الا لاستنادها فيهـا على ذلك الأساس الفاسد (٤٠) .

لذلك نرى أن استقلال الخطأ المدنى عن الخطأ الجنائى حقيقة ثابتة ولازمة فى جرائم الاهمال كما فى غيرها ، لأن هذين الخطئين ـــ وان كان ظاهر نصوص قانون العقوبات قد يوحى الى الذهن أنهما لا يختلفان من حيث درجة كل منهما ـــ يختلفان فى طبيعتهما ، كما يختلفان عملا من حيث مرجع تقديرهما عند القاضى ، ولأن التمييز بينهما يكسب القضاء مرونة تساعد على تحقيق العدالة ، ويصلح أن يكون أساسا سليما تبنى عليــه المحاكم نتائج مقبولة بدلا من تلك النتائج المنتقدة التى أشرنا اليها (٤١) .

---

(٤٠) المسألة الثالثة فيما سيجىء ص ١٢٤ وما بعدها .

(٤١) وفى هذا يقول J. Loup فى كتــابه فى المسئولية عن حــوادث السيارات ، باريس سنة ١٩٣٢ ص ٣٧ و ص ٣٨ .

La jurisprudence actuelle traduit un déséquilibre qui ne disparaîtra que lorsqu'elle sera revenue au système de la dualité des fautes— La doctrine la plus récente proteste, nous venons de le voir, contre les exagérations de la jurisprudence actuelle. Ces protestations s'adressent, en même temps qu'à l'identification des fautes pénale et civile, à l'atteinte trop grande que la jurisprudence porte à la liberté du juge civil par son système de l'autorité de la chose jugée.

وانظر فى هذا المعنى ايضا Hébraud فى كتابه فى حجية الشىء المحكوم فيه فى الجنائى على المدنى ، تولوز سنة ١٩٢٩ ص ٤٨٥ .

١٤ ــ المسألة الثانية : أيجوز بعد الحكم بالبراءة فى الدعوى العمومية القضاء بالتعويض بناء على المسئولية التعاقدية أو على المسئولية التقصيرية المفترضة (المواد ١٥١ فقرة ثانية و ١٥٢ و ١٥٣ مدنى قديم) .

لا شك عندنا فى جواز ذلك طبقا للرأى الذى أخذنا به فى المسألة الأولى ، لأنه اذا كان يجوز للمصاب بعد الحكم بالبراءة أن يقيم الدليل على وقوع خطأ مدنى من المدعى عليه ، فمن باب أولى يجوز له أن يتمسك قبله بالمسئولية المفترضة أى التى تقع على عاتق المتسبب فى الضرر دون حاجة الى اقامة الدليل على خطئه (٤٢) .

أما الأخذ بما ذهبت اليه المحاكم فى شأن المسألة الأولى ، فيؤدى منطقيا الى عكس ما نقول به فى هذه المسألة الثانية . ذلك أن حالات المسئولية المفترضة ، بما فيها المسئولية التعاقدية ، اما أن تعتبر حالات خطأ مفترض طبقا لرأى بعض الشراح ، واما أن تعتبر حالات خطأ ثابت وسببية مفترضة تبعا لرأى البعض الآخر (٤٣) . فان اعتبرناها مبنية على خطأ مفترض ، تعذر القول بجواز التمسك بها بعد حكم البراءة الذى يحمل فى ذاته الدليل العكسى على انتفاء الخطأ . وان اعتبرناها مبنية على خطأ ثابت وسببية مفترضة لم يختلف الحكم عن ذلك ، لأن نظرية وحدة الخطأ الجنائى والمدنى تحول دون القول بثبوت أى خطأ مدنى بعد نفى حكم البراءة للخطأ الجنائى .

١٥ ــ أحكام المحاكم : غير أن هذا الاعتراض المنطقى لم يكن ليقف فى سبيل المحاكم ، وخصوصا بعد أن استقر القضاء فى فرنسا على الأخذ بالمسئولية الناشئة عن الأشياء وتوسع فيها استنادا الى المادة ١٣٨٤ فقرة أولى (٤٤) .

---

(٤٢) انظر روتسائرت ص ٢٧٦ .
(٤٣) انظر رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ١٢٥ وما بعدها .
(٤٤) انظر المرجع السابق ص ٥١ .

فقد تعددت حوادث الآلات والسيارات ، وكثرت مطالبة المصابين فيها بحقهم فى التعويض بعد الحكم ببراءة المتهمين فيها ، فقضت محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر فى ٢٩ يوليه ١٩٢٤ الذى عممت فيه تطبيق المسئولية الناشئة عن الأشياء بأن هذه المسئولية يجوز الحكم بها بالرغم من صدور الحكم بالبراءة فى الدعوى العمومية • ومنذ ذلك الحين أطردت الأحكام بهذا المعنى ، وقد عللت ذلك بأن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٤ تختلف من حيث السبب عن المسئولية الجنائية وعن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٢ (٤٥) •

كذلك قضت المحاكم الفرنسية بأن المسئولية عن حوادث العمل طبقا لتشريع سنة ١٨٩٨ لا يحول دون تطبيقها صدور حكم ببراءة رب العمل من المسئولية الجنائية عن تلك الحوادث (٤٦) •

وطبقت ذلك أيضا على المسئولية التعاقدية فى الحالة التى يكون فيها الالتزام التعاقدى التزاما بغاية لا التزاما بسعى وينشأ عن الاخلال به جريمة جنائية (كما فى جرائم التبديد) ، فحكمت بأن تبرئة المتهم لا تحول دون الحكم عليه بالتعويض (٤٧) • ويمكن أن يقال مثل ذلك بالنسبة لمسئولية السيد عن أفعال تابعيه ، ومسئولية مالك الحيوان أو مستخدمه عن فعل الحيوان •

وفى بلجيكا قضت المحاكم بأن حكم البراءة لا يحول دون الحكم بالتعويض على حارس الحيوان بناء على المادة ١٣٨٥ (٤٨) ، أو على

---

(٤٥) عرائض ١٦ يوليه ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ — ١ — ٣٣ ، ٢٩ نوفمبر ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٢٤٤ ، مدنى ٤ يناير ١٩٣٨ دالوز الاسبوعى ١٩٣٨ — ١٢٩ •

(٤٦) مدنى ٢٩ اكتوبر ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ٢ — ٩٦٠ •

(٤٧) عرائض ٢٣ مارس ١٩٢٥ سيرى ١٩٢٥ — ١ — ٣٦١ ، مدنى ١٦ مارس ١٩٣٧ غازيت القضاء ١٩٣٧ — ٢ — ٣٥ •

(٤٨) نقض بلجيكى ٢٣ مايو ١٩٣٢ بازيكريزى بلج ١٩٣٢ — ١ — ٢٠٠ •

حارس الشيء المعيب بناء على المادة ١٣٨٤ فقرة أولى لأن سبب المسئولية المدنية فى هاتين الحالتين يختلف عن سبب المسئولية الجنائية وعن سبب المسئولية المدنية المبنية على المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ (٤٩) •

وفى مصر قضت محكمة النقض بأن مالك الحيوان تجوز براءته فى الدعوى العمومية لعدم ثبوت اهمال عليه فى حراسة الحيوان ، بغير أن يحول ذلك دون الحكم عليه بالتعويض طبقا للمادة ١٥٣ (٥٠) • وقضت فى حكم ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ (٥١) ضمنا بمثل ذلك بالنسبة لمسئولية السيد، لأنها بعد أن قررت أن نص المادة ٢٠٨ ع عام يشمل الخطأ أيا كان نوعه ، وبعد أن استبعدت بناء على ذلك وقوع خطأ شخصى من المدعى عليـــه ، بحثت فى مسئولية المالك باعتباره متبوعا للعـــامل الذى ارتكب العمـــل الضار مباشرة ، وحكمت بانتفاء مسئولية المالك المدنية لانعدام عـــلاقة التبعية بينه وبين هذا العامل •

وها هى فى حكم أول فبــراير ١٩٤٣ (فى قضية ابراهيم محمـــد هيبه) تقر ضمنا بجواز المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ بالرغم من صدور حكم البراءة ، لأنها لم ترفض التعويض على هذا الأساس الا لأن المصاب لم يتمسك به أمام محكمة الموضوع اكتفاء منه بالاستناد الى المادة ١٥١ ، فلو أنه تمسك به لوجدت المحكمة نفسها مضطرة الى الحكم بموجبه اذا توافرت شروطه •

وكـــذلك فعلت فى حكمى أول مارس و ٨ مارس ١٩٤٣ بالنســـبة للمسئولية التعاقدية ، اذ رفضت الحكم بموجبهـــا لا لأن حـــكم البراءة يستتبع انتفاء الخطأ المدنى ورفض التعويض ، بل لأن المدعى بنى دعواه

---

(٤٩) محكمة شارلروا ٢ ابريل ١٩٣١ مجلة التامين والمسئولية ١٩٣٣ — ١٣٣٦ •

(٥٠) نقض مصرى جنائى ٢٣ ابريل ١٩٣١ المحـــاماة ١٢ — ٢٦٣ — ١٤٣ •

(٥١) السابق الاشارة اليه فى الهامش ٢٥ •

على أســـاس المسئولية التقصيرية ولم يتمسك أمام محــكمة الموضوع بالمسئولية التعاقدية . فيفهم من ذلك أنه لو تمسك بها فى الوقت الملائم ، جاز الحكم له بمقتضاها اذا توافرت شروطها .

١٦ — **آراء الشراح** : والشراح . على اختلاف مذاهبهم ، مجمعون على تأييد القضاء فيما ذهب اليه فى هذا الموضوع (٥٢) .

فأما الأكثرية التى تفرق مثلنا بين الخطأ الجنائى والخطأ المدنى فى جميع الأحوال ، فتعتبر جواز الحكم بالمسئولية المفترضة بالرغم من صدور حكم بالبراءة نتيجة طبيعية لمنطقها ، ويكفيها ذلك عناء تبرير رأيها فى هذه المسألة الثانية (٥٣) .

أما بقية الشراح ، فمنهم من يأخذ بهذا الرأى لأنه يذهب الى أن حالات المسئولية المفترضة مبنية فى الغالب على أساس من تحمل التبعة لا من الخطأ ، ويرى أن الحكم فيها بالتعويض على هذا الأساس لايناقض الحكم الجنائى الذى نفى الخطأ (٥٤) . ومنهم من يأخــذ بهــذا الرأى باعتبار حالات المسئولية المفترضة مبنية على خطأ مفتــرض ، أو على خطأ ثابت ولكنه خطأ من نوع خاص يختلف عن الخطأ العادى المنصوص عنه فى المادة ١٥١ مدنى وفى المادة ٢٤٤ ع ، ويقولون ان نفى حكم البراءة لهذا الخطأ العادى لا يتناقض مع الحكم بالتعويض بناء على ذلك الخطأ المدنى المفترض أو الخطأ الثابت الخاص الذى تقوم عليــه المســئولية

---

(٥٢) انظر بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ نبذة ٦٧٩ ، مازو نبذة ١٨٣١ وما بعدها ، لالو نبذة ٢٠ ونبذة ٧٥٠ ، جاردينا وريتشى ص ٢٤١ نبذة ١٠٤ ، دى باج جـ ٢ ص ٧٥٥ هامش ٤ ، جارو تحقيق جنايات جـ ٦ نبذة ٢٣٥٦ ، شميدت فى الخطأ المدنى والخطأ الجنائى ص ١٥١ — ١٥٣ ، بران ص ٢٣٣ هامش ٣ فى نهايته و ص ٢٣٩ هامش ٥ ، روتسائرت ص ٢٧٦ ، مصطفى مرعى نبذة ٥٧ ، احمد نشأت نبذة ٥٩٤ .

(٥٣) انظر روتسائرت ص ٢٧٦ .

(٥٤) لالو نبذة ٢٠ ، توزان ص ١٦٨ وما بعدها ، ومن المعلوم أن نظرية تحمل التبعة لم تصادف نجاحا فى المحاكم .

المفترضة (٥٥) • ومن هـذا الفريق الأخير فى مصر الاستاذ مصطفى مرعى بك وفى فرنسا الأستاذان هنرى وليون مازو •

قال مرعى بك فى هـذا الشأن ، بعـد أن قرر التلازم فى جرائم الاهمال بين الخطأ الجنائى والخطأ المدنى : « لكن مما تجب ملاحظته هنا أن فى القانون المدنى حالات يفترض فيها الخطأ ابتداء ، أما فى المسئولية الجنائية فلا يفترض الخطأ ولابد من اثباته قبل المؤاخذة عليه • وفى هذه الحالات لا تناقض بين الحكم المدنى القاضى بالتعويض والحكم الجنائى القاضى بالبـراءة » ، ثم طبق ذلك على مسـئولية صاحب الحيـوان ، ومسئولية السيد والمخدوم ، وأخيرا على مسئولية الأب ومن فى حكمه ، حيث قال : « أما مسئولية الأب المدنية ، فلا يلاحظ فى وجوبها على الأب أن يثبت فى حقه تقصير فى مراقبة ابنه وتربيته ، لأن هذا التقصير يفترضه القانون بمجرد وقوع الخطأ من الابن ، ولا يخلص الأب من مسئوليته المدنية الا اذا أثبت أنه ما كان فى وسعه أن يمنع الحـادث الذى سبب الضرر • ولهذا لا تناقض أيضا فى أن يقضى جنائيا ببراءة الأب وأن يقضى مدنيا بالزامه بالتعويض » (٥٦) •

ويلاحظ على هذه العبارة الأخيرة أنها اعتبرت طريق دفع المسئولية عن الأب مقصورا على قيام الدليل على أنه ما كـان فى وسـعه أن يمنع الحادث الذى ترتبت عليه المسئولية ، فى حين أنه من المسلم به أن الأب يجوز له أيضا دفع هذه المسئولية بنفى وقوع التقصير منه فى مراقبـة ولده وتربيته (٥٧) • فاذا رفعت الدعوى العمومية على الأب بأنه أهمل تربية ابنه أو مراقبته حتى ترتب على هذا الاهمال ارتكاب الابن جريمة قتل أو جرح خطأ ، ثم قضى ببـراءة الأب ، فكيف يمكن — مع الأخـذ

---

(٥٥) مازو نبذة ١٨٣٢ وقارن J. Loup ص ٣٠٣ •

(٥٦) مصطفى مرعى ص ٥١ وما بعدها نبذة ٥٧ فى نهايتها •

(٥٧) أنظـر مصطفى مرعى ص ١٦٧ ، ورسالتنا فى نظـرية دفـع المسئولية المدنية ص ١١٨ •

بنظرية التلازم بين الخطأ الجنائى والخطأ المدنى — الحكم بالتعويض بناء على مسئولية الأب المفترضة ، والقول بأن هذا الحكم لا يناقض حكم البراءة الذى نفى عن الأب كل تقصير فى مراقبة ابنه وتربيته ؟ ألا ان هذا لا يصح فى مثل هذه الحالة الا مع الأخذ بنظرية استقلال الخطأ المدنى عن الخطأ الجنائى التى نقول بها .

وقد تنبه الأستاذان مازو الى هذا الأمر . ففرقا بين مسئولية السيد ومسئولية رب العمل طبقا لقانون سنة ١٨٩٨ ومسئولية حارس الأشياء والحيوانات من جهة . وبين مسئولية الأب ومن فى حكمه من جهة أخرى ، وقالا بجواز الحكم بالتعويض بالرغم من البراءة فى الطائفة الأولى من أنواع المسئولية المفترضة . أما فى النوع الأخير منها فقد قررا أن حكم البراءة اذا كان مبنيا على انعدام تقصير الأب فى تربية ولده ومراقبته فانه يحول دون الحكم بالتعويض على أساس المسئولية المفترضة . لأن هذه المسئولية تدفع عادة باقامة الدليل على انتفاء الخطأ ، وقد قام هذا الدليل فى حكم البراءة ، فلا يستطيع القاضى المدنى أن يحكم بالتعويض الا اذا ناقض هذا الحكم (٥٨) . وهذا الرأى يستقيم مع أصله فى نظرية التلازم بين الخطأ الجنائى والخطأ المدنى .

ويضيف الأستاذان مازو الى هذه الأنواع من المسئولية المفترضة حالة المسئولية التعاقدية ، ولكنهما يمرقان فيها بين المسئولية الناشئة عن الاخلال بالتزام تعاقدى ببذل عناية obligation de moyen وبين تلك التى تنشأ من عدم الوفاء بالتزام تعاقدى بالحصول على نتيجة معينة obligation de résultat ، ويريان أن الأصل فى الحالة الأولى أن يقيم الدائن الدليل على وقوع اهمال من المدين ، فاذا كان حكم البراءة قد نفى وقوع الاهمال من المدين ، فلا

---

(٥٨) مازو نبذة ١٨٣٢ ، وانظر ايضا فى هذا المعنى بيرسون ودى فيليه جـ ٢ نبذة ٣٢١ .

محل بعد ذلك للحكم عليه بالتعويض بناء على مسئولينه التعاقدية • أما فى الحالة الثانية ، فليس مطلوبا من الدائن أن يثبت اهمال المدين ، بل يكتفى منه بأن يثبت تخلف النتيجة المتعهد بها ، فيحكم له بالتعويض ، ولذلك لا يكون حكم البراءة مانعا من الحكم بالتعويض اذ لا تناقض بينهما (٥٩) •

وظاهر أن هذه التفرقة التى يقول بها الأستاذان مازو بين حالتى المسئولية التعاقدية وما يرتبانه عليها فى هذا الموضوع تستقيم أيضا مع الأصل الذى صدرا عنه — أى مع نظرية التلازم بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى • أما فى نظرية استقلال الخطئين ، فلا محل لهذه التفرقة ، اذ يجوز — بالرغم من البراءة — التمسك بالمسئولية التعاقدية فى جميع الأحوال ، كما يجوز التمسك بالمسئولية التقصيرية المفترضة فى جميع صورها أيضا ، لأن هذه النظرية لا ترى تناقضا بين الحكم بالبراءة لانعدام الخطأ الجنائى وبين الحكم بالتعويض المدنى •

ومتى تقرر أن حكم البراءة لا يمنع على الأقل من الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التعاقدية وعلى أساس المسئولية التقصيرية المفترضة ، بقى علينا أن نعرف ما اذا كانت المحكمة التى تنظر فى الدعوى المدنية تستطيع من تلقاء نفسها أن تبنى الحكم بالتعويض على أساس آخر غير المسئولية المبنية على ثبوت خطأ شخصى اذا كانت الدعوى لم ترفع الا على هذا الأساس الأخير ، وهذا يقتضى منا البحث فى تعيين ما يعتبر سببا فى دعوى المسئولية المدنية •

١٧ — المسألة الثالثة — تعيين السبب فى دعوى المسئولية المدنية (٦٠) :

رأينا أن أحكام محكمة النقض المصرية موضوع هذا التعليق قررت

---

(٥٩) مازو نبذة ١٨٣٥ .
(٦٠) راجع ص ٩٣ وما بعدها .

أنه اذا رفعت دعوى التعويض على أساس المسئولية التقصيرية المبنيــة على خطأ شخصى ثابت لا يجــوز للمحكمة أن تقضى من تلقــاء نفسها بالتعويض على أى أساس آخر كالمسئولية التعاقدية أو مسئولية السيد عن فعل تابعه ، لأن المطالبة بالتعويض المبنية على المادة ١٥١ فقرة أولى تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ أو على أساس المسئولية التعاقدية ، وليس للمحكمة أن تغير من تلقاء نفسها السبب الذى تقام عليه الدعوى أمامها ، والا تكون قد جاوزت سلطتها وحكمت بما لم يطلبه منها الخصوم (٦١) •

وقد يبدو غريبا أن يثار هذا الموضوع فى ثلاثة أحكام تصــدر من محكمة النقض فى أقل من أربعين يوما ؛ وألا نجد له أثرا يذكر قبل ذلك فى أحكام المحاكم المصرية • غير أنه يلاحظ أن اثارة هذا الموضوع كانت نادرة أيضا فى القضاء الفرنسى قبل أن تستقر أحكام المحاكم على الأخذ بمبدأ المسئولية الناشئة عن الأشياء وتعميمه على أســاس المادة ١٣٨٤ فقرة أولى • أما بعد ذلك فقد كثر عرض الأمر على المحاكم لتفصل فيما اذا كانت المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٤ فقرة أولى تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٢ •

١٨ — نظرية المحاكم ونتائجها : وقــد رأينا أن المحاكم الفرنسية والمحاكم البلجيكية — بعد أن قررت وحدة الخطأ المدنى والخطأ الجنائى فى جرائم الاهمال — أجازت الحــكم بالتعويض على أساس المــادتين ١٣٨٤ و ١٣٨٥ باعتبار أن سبب المســئولية فى هــذه الحالة يختلف عن سببها فى حالة المادة ١٣٨٢ (٦٢) • فالسبب فى نظر هذه المحاكم هو النص القانونى الذى يستند اليه المدعى فى المطالبة بحقه فى التعويض (٦٣) •

---

(٦١) انظر تعليقا على حكم آخر فى الموضوع ذاته فيما يلى ص ١٦٢ نشر فى مجلة التشريع والقضاء السنة الرابعة ١٩٥٣ العدد الرابع وسيجىء ايضا فى ص ٧٤ •

(٦٢) راجع ص ١١٩ وما بعدها •

(٦٣) انظر مع ذلك نقض فرنسى مدنى ٦ يونيه ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — =

وقد رتبت المحاكم على هذا النظر النتائج الآتية (٦٤) :

(١) انه اذا بنى المدعى دعواه على أساس المادة ١٣٨٢ باعتبار المدعى عليه مسئولا عن خطأ شخصى ممكن اثباته . فلا تملك المحكمة من تلقاء نفسها أن تغير سبب المسئولية وتحكم له بالتعويض على أساس المسئولية التعاقدية (المادة ١١٤٧) (٦٥) ، أو على أساس المسئولية المفترضة باعتبار المدعى عليه حارسا للشىء (المواد ١٣٨٤ فقرة أولى و ١٣٨٥ و ١٣٨٦)، (٦٦) ، أو مسئولا عن فعل غيره (المادة ١٣٨٤) ، وكذلك اذا بنى المدعى دعواه على أساس المادة ١٣٨٦ باعتبار المدعى عليه مسئولا عن وجود عيب فى البناء الذى تهدم أو نقص فى صيانته ، لايجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٤ فقرة أولى باعتبار المدعى عليه حارسا للشىء دون حاجة لاثبات عيب البناء أو النقص فى صيانته ، لأنها ان فعلت ذلك جاوزت سلطتها اذ تحكم فى دعوى جديدة غير التى رفعت اليها . وتقضى بما لم يطالبه الخصوم ultra petita ويكون حكمها بذلك قابلا للطعن فيه عن طريق التماس اعادة النظر (٦٧).

= ١ — ٢٠٦ ، عرائض ٢٩ يوليه ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ — ١ — ٢٧٥ ، ٢١ اكتوبر ١٩٢٤ دالوز الاسبوعى ١٩٢٤ — ٦٣٩ ، ٢٧ ديسمبر ١٩٢٧ غازيت القضاء ١٩٢٨ — ١ — ٣٩٤ ، دوبيه ١٦ ديسمبر ١٩٢٤ غازيت القضاء ١٩٢٥ — ١ — ٤٢٧ ، باريس ٩ أبريل ١٩٢٧ غازيت القضاء ١٩٢٧ — ٢ — ٢٤٨ . حيث أخذت هذه الاحكام بوحدة السبب فى دعاوى المسئولية الناشئة عن فعل ضار واحد .

(٦٤) انظر مقال كابيتان فى دالوز الاسبوعى ١٩٣٠ ص ٦١ :
Une conséquence imprévue du système de la jurisprudence sur la responsabilité du fait des choses.

وانظر رد جوسران عليه فى دالوز الاسبوعى ١٩٣١ ص ٦٩ :
La doctrine contre la jurisprudence : Sur le problème de la responsabilité du fait des chose inanimées.

(٦٥) باريس ٢٠ أبريل ١٩٢١ دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ١٢ .

(٦٦) نقض فرنسى (مدنى) ٢٥ مارس ١٩٢٤ سيرى ١٩٢٤ — ١ — ١٣ غازيت القضاء ١٩٢٤ — ١ — ٧٥٤ ، ٢١ نوفمبر ١٩٣٣ غازيت القضاء ١٩٣٤ — ١ — ١٥١ .

(٦٧) نقض فرنسى (مدنى) ٨ يناير ١٩٢٤ سيرى ١٩٢٤ — ١ — ١٣ .

(٢) ان المدعى اذا بنى دعواه أمام محكمة أول درجة على المادة ١٣٨٢ ، لا يجوز له أن يغير أساس دعواه أمام محكمة ثان درجة بأن يطلب منها لأول مرة الحكم له بالتعويض على أساس المسئولية المفترضة (٦٨) ، لأن ذلك يعتبر طلبا جديدا ، أو بعبارة أخرى دعوى جديدة مبنية على سبب يختلف عن سبب الدعوى الأولى فلا يجوز التقدم به لأول مرة الى المحكمة الاستئنافية . بخلاف أوجه الدفاع الجديدة moyens nouveaux فانها يجوز التمسك بها لأول مرة فى الاستئناف .

ومن باب أولى لا يجوز التمسك بقواعد المسئولية المفترضة لأول مرة أمام محكمة النقض .

(٣) انه اذا قضى برفض طلب التعويض المبنى على المادة ١٣٨٢ بحكم نهائى ، فان هذا الحكم لا تكون له حجية الشىء المحكوم فيه بالنسبة لدعوى جديدة يرفعها نفس المصاب عن ذات الفعل الضار اذا كانت هذه الدعوى الجديدة مبنية على أساس المسئولية التعاقدية أو أى نوع آخر من أنواع المسئولية المفترضة (٦٩) .

---

(٦٨) سواء اكان الطلب الجديد هو تطبيق قواعد المسئولية التعاقدية (باريس ٢٦ نوفمبر ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٣٣٥ ، وانظر مع ذلك عكسه فى نقض مدنى ٦ يونيه ١٩٢٣ سيرى ١٩٢٣ — ١ — ٢٦٠ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ٢٠٤) أم تطبيق قواعد المسئولية الناشئة عن الاشياء (ليموج ٥ يونيه ١٩٢٨ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ١ — ٨٣٧ وتعليق L. Cavarroc كولمار ٢٢ ابريل ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢ — ٢ — ٢٥١ ، نقض مدنى ٢٤ مايو ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢٨ سيرى ١٩٢٧ — ١ — ٢٦٥ غازيت القضاء ١٩٢٧ — ٢ — ٣١٠ ، عرائض ٢٣ نوفمبر ١٩٢٧ غازيت القضاء ١٩٢٧ — ٢ — ٩٣٠ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢١ وتعليق بيسون) أم تطبيق مسئولية السيد عن فعل تابعه (محكمة Pau أول يونيه ١٨٩٦ سيرى ١٨٩٧ — ٢ — ٣٠٨ ، Aix ١٠ نوفمبر ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٤٤) . وانظر ايضا استئناف مختلط ٧ مايو ١٩٣٦ (٤٨ ص ٢٥٨) المحاماة ١٧ — ١٢٥٤ — ٦٣٥ .

(٦٩) نقض فرنسى عرائض ١٦ يوليه ١٩٢٨ دالوز الاسبوعى ١٩٢٨ — ٤٧٧ دالوز الدورى ١٩٢٩ — ١ — ٣٣ وتعليق سافاتييه وغازيت القضاء ١٩٢٨ — ٢ — ٣٧٠ ، مدنى ٢٩ فبراير ١٩٢٨ دالوز الاسبوعى ١٩٢٨ — ٢٢٣ .

(٤) ان المصاب اذا طالب بالتعويض أمام المحاكم المدنية بناء على المسئولية التعاقدية أو أى نوع آخر من أنواع المسئولية المفترضة ، فان قاعـدة Una electa via non datur recursus ad alteram لا تحول دون استعمال حقه فى رفع دعوى الجنحة المباشرة والادعاء مدنيا أمام المحاكم الجنائية بناء على المادة ١٣٨٢ ، لأن هذه القاعدة لا تنطبق الا اذا كانت الدعوى المرفوعة الى المحـاكم المدنية مبنية على المـادة ١٣٨٢ • أما اذا بنيت الدعوى على المـادة ١٣٨٤ أو غيرها من أحـوال المسئولية المفترضة ، فتعتبر دعوى مختلفة من حيث سببها عن تلك التى تقررت من أجلها القاعدة المذكورة (٧٠) •

(٥) انه اذا كون الفعل الضار جريمة جنائية ، فلا تسقط بسقوط الدعوى العمومية الا الدعوى المدنية المبنية على المادة ١٣٨٢ • أما دعوى المسئولية التعاقدية وغيرها من دعاوى المسئولية المفترضة فلا تسقط الا بمضى ثلاثين سنة طبقا للقاعدة العامة (٧١) •

هذه هى النتائج التى رتبتها المحاكم الفرنسية على ما ذهبت اليـه فى اختلاف سبب المسئولية المدنية تبعا لاختـلاف النص الذى تسـتند اليه • وهى نتائج يؤدى اليها حتما ما قررته محكمتنا العليـا أيضـا فى أحكامها الثلاثة موضوع هذا التعليق •

١٩ — **نقـد هـذه النتائج** : ونلاحـظ بادىء الأمر على ذلك أن النتيجة الأخيرة — وهى خاصة بالقانون الفرنسى دون القانون المصرى — هى الوحيدة التى يمكن التسليم بها فى ذاتها مع شىء من التحفظ • ومع ذلك فان تعليلها بنظرية تعدد سبب المسئولية ليس ضروريا ولا صحيحا على اطلاقه •

---

(٧٠) باريس ١٦ ابريل ١٩٣٠ غازيت القضاء ٢٢ يونيه ١٩٣٠ .
(٧١) نقض (مدنى) ٢٤ مـايو ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٤٨ ، (عرائض) ٩ يونيه ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٥٣ وتعليق سافاتييه .

فأما عدم ضرورته ، فلأن اختلاف الحكم بالنسبة لكل من الدعويين المدنية والجنائية من حيث السقوط بمضى المدة يمكن ترتيبه على عدم توفر الحكمة التى من أجلها تقرر ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى العمومية فى هذا الشأن — وهى عدم السماح باثبات وقوع جريمة جنائية أمام المحكمة المدنية بعد أن تكون الدعوى العمومية الخاصة بها قد سقطت (٧٢) — اذ أنه من الواضح أن هذه الحكمة تتوفر فى دعوى المسئولية المبنية على خطأ ثابت ولا تتوفر فى دعاوى المسئولية المفترضة. لأن الحكم بالتعويض فى هذه الدعاوى الأخيرة لا يقتضى اثبات وقوع جريمة جنائية كما فى الحالة الأولى ، واذن لا يكون ثمت مانع من استعمال هذه الدعاوى حتى بعد سقوط الدعوى العمومية ، دون حاجة الى تبرير ذلك باختلاف السبب فى هذه الدعاوى عن السبب فى دعوى المسئولية التقصيرية الشخصية (٧٣) .

وأما عدم صحته ، فلأنه يؤدى الى عدم سقوط دعوى المسئولية التعاقدية بسقوط الدعوى العمومية ليس فقط فى حالة الاخلال بالتزام بغاية obligation de résultat كالتزام متعهد نقل الركاب مثلا ، بل أيضا فى حالة الالتزام ببذل عناية oblijation de moyen كالتزام الطبيب بعلاج المريض (٧٤) ؛ مع أن البحث فى المسئولية المدنية فى هذه

---

(٧٢) جارو مختصر القانون الجنائى نبذة ٣٣٩ ، ديموج ج ٤ نبذة ٥٧٢ .

(٧٣) أنظر فى هذا المعنى مازو نبذة ٢١٠٥ ، بيسون فى دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢٣ ، J. Loup ص ١١٩ . كذلك تقول المحاكم أن الدعوى العمومية لا تقف الدعوى المدنية المبنية على المادة ١٣٨٤ لاختلاف السبب . ولكن الواقع أن علة الوقف ليست فى اختلاف السبب بل فى الرغبة فى تفادى التعارض . وهذا وحده هو الذى يفسر وقف الدعوى المبنية على المادة ١٣٨٢ دون الدعوى المبنية على المادة ١٣٨٤ (أنظر فى هذا المعنى مازو نبذة ٢١٠٤ فى تعليقه على حكم استئناف ريوم ٦ مارس ١٩٣٠ غازيت Cavarroc القضاء ١٩٣٠ — ١ — ٨٣٨) .

(٧٤) أنظر نقض فرنسى ٢٠ مايو ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٦ وتعليقنا فى القانون والاقتصاد ٧ ص ١٦٦ .

الحالة الأخيرة يقتضى اثبات التقصير الذى يمكن أن يكون جريمة جنائية، فيجب ألا يسمح به بعد سقوط الدعوى العمومية (٧٥) .

أما النتيجتان الثالثة والرابعة ، فهما تنطقان بفساد النظرية التى تؤدى اليهما ، اذ يترتب عليهما أن المصاب يستطيع أن يصل الى التعويض عن الضرر الواحد عدة مرات : فيصبح الفعل الضار مورد ثراء كبير له فى حين أن القانون لم يرتب على هذا الفعل الا واجب اصلاح الضرر المباشر فقط . ألا يكون ذلك نتيجة منطقية للقول بأن رفع دعوى المسئولية المفترضة أمام المحكمة المدنية لا يمنع المصاب من رفع الدعوى المباشرة أمام المحكمة الجنائية ؟ وما الذى يمنع المصاب فى هذه الحالة من الحصول على حكمين بالتعويض ، وبماذا يمكن أن تدفع دعواه التى يتأخر الفصل فيها بعد الحكم له بالتعويض فى الدعوى الأخرى ؟ ألا يكون من حقه أن يتمسك بأن الدعوى الثانية تختلف عن الأولى من حيث السبب وأن يحصل فيها على حكم آخر بالتعويض غير الحكم الأول ؟ واذا كان الحكم القاضى برفض التعويض فى دعوى المسئولية التقصيرية الشخصية لا تثبت له حجية الشىء المحكوم فيه بالنسبة لدعوى التعويض عن الضرر ذاته على أساس المسئولية المفترضة ، فما الذى يمنع المدعى من انكار هذه الحجية حتى بالنسبة للحكم الذى قضى له فى الدعوى الأولى بالتعويض ليتمكن بذلك من الحصول فى الدعوى الثانية على حكم آخر بالتعويض ؟

وقد نبه كابيتان الى الخطر الذى يمكن أن يترتب على هذه النتيجة فيما يتعلق بالدعاوى التى رفعت على أساس المسئولية عن الخطأ الثابت فى الثلاثين عاما السابقة لاعتماد مبدأ المسئولية الناشئة عن الأشياء وانتهت بالحكم فيها برفض التعويض ، فقال ان أصحاب هذه الدعاوى جميعا أصبح يجوز لهم — طبقا لمنطق المحاكم — أن يطالبوا بالتعويض

---

(٧٥) فى هذا المعنى مازو نبذة ٢١٤٩ .

من جديد بناء على المادة ١٣٨٤ فقرة أولى دون أن يمكن الاحتجاج عليهم بسبق الفصل فى دعواهم لأن الدعاوى الجديدة تختلف عن السابقة من حيث السبب (٧٦) .

أما النتيجتان الأولى والثانية ، فقد يبدو أول الأمر أنهما لا تثيران كبير اعتراض ؛ ولكنهما فى الواقع تفترضان التسليم بالنتيجة الثالثة — أى عدم حجية الحكم الصادر فى دعوى المسئولية المبنية على خطأ ثابت بالنسبة لدعاوى المسئولية المفترضة — اذ أن القول بأن المحكمة لا تملك أن تغير من تلقاء نفسها الأساس الذى تبنى عليه المسئولية ، وبأن المصاب لا يجوز له أن يغير هذا الأساس فى الاستئناف لأول مرة ، يستلزم عدالة أن يكون الباب مفتوحا أمامه لرفع دعوى أخرى على الأساس الجديد الذى رآه ؛ والا نكون قد عدنا بالقانون القهقرى الى العصور التى كانت الشكليات فيها تسيطر على مصير الدعاوى الى حد أن كان المدعى يضيع عليه حقه لمجرد أى خطأ منه فى القيام بالمراسم الواجبة أو فى استعمال الألفاظ المقررة .

لذلك يبدو لنا أن قضاء المحاكم فى هـذه المسائل جميعا فاسد من أساسه ولا يمكن التسليم بنتائجه العملية ، ويقتضى الأمر ضرورة تعيين ما يعتبر سببا فى دعوى المسئولية المدنية ، ولا سيما أننا باستقراء حيثيات الأحكام يظهر لنا جليا أن المحاكم اكتفت فى الغالب بتقرير مبدأ اختلاف السبب تبعا لاختلاف النص الذى تبنى عليه المسئولية كأنه مبدأ أولى مسلم به لا يحتاج الى اقامة الدليل عليه ولا الى بيان سنده من القانون .

٢٠ — آراء الشراح : أما الشراح ؛ فمنهم من اكتفى بعرض أحكام المحاكم ؛ والقليل من هؤلاء من أيدها . ومنهم من انتقد نتائجها . ومنهم من هاجم نظرية تعدد السبب فى المسئولية المدنية من أساسها وبين

---

(٧٦) راجع كابيتان فى مقاله سالف الذكر ، وانظر فى هذا المعنى أيضا بيسون فى دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢٤ .

خطأهـا وأثبت أن السبب فى دعاوى المسئولية واحـد مهمـا اختلفت النصوص التى تبنى عليها هذه الدعاوى ورتب على هذه النظرية الجديدة عكس النتائج التى رتبتها المحاكم على نظريتها •

٢١ ــ أنصار نظرية تعدد السبب : فالمشايعون للمحاكم الـذين يؤيدون نظرية تعدد السبب فى المسئولية المدنية بينهم فريق من أنصـار تأسيس المسئولية فى جميع الأحوال على الخطأ ، وهؤلاء يبدأون بتعريف سبب الدعوى بأنه الواقعـة القانونية التى يترتب عليهـا نشوء الحق المدعى به ، ويقولون ان مصدر الحق فى التعويض هو الخطأ الذى نشأ عنه الضرر ، وان القانون قد نص على الخطأ بوجه عام فى المادة ١٣٨٢ ونص على أخطاء خاصة فى المواد ١٣٨٤ وما بعـدها بالنسبة للمسئولية التقصيرية ، وفى المادة ١١٤٧ بالنسبة للمسئولية التعاقدية ، فيعتبر كل من هذه الأخطاء ، بل كل من هـذه النصوص ، سببا متميزا للمسئولية المدنية (٧٧) • وبينهم فريق من أنصار تأسيس المسئولية المفترضة على

---

(٧٧) انظر بيرسون ودى فيليه جـ ٢ ص ١٧٦ ، والموسوعة البلجيكية نبذة ٢٣ ، وأوبرى ورو جـ ١٢ نبذة ٧٦٩ ص ٤٤٠ هامش ٨٦ حيث يقولان :

«La cause de l'action ou de l'exception ne consiste pas dans le droit ou le bénéfice même qu'il s'agit de faire valoir, mais dans le principe générateur de ce droit ou de ce bénéfice».

وانظر كتاب Van Ryn فى المسئولية التقصيرية والمسئولية التعاقدية سنة ١٩٣٣ حيث يقول فى ص ٢٥١ :

«La cause d'une action en justice comprend deux éléments également essentiels : 1° un esemble de faits matériels ; 2° une disposition de droit objectif qui donne à ces faits une portée juridique, celle de former le titre d'une prétention en justice».

وانظر ايضا تعليقا للاستاذ André Le Palge على نقض بلجيكى ١٨ سبتمبر ١٩٣٠ فى مجلة بلجيكا القضائية ١٩٣٢ نهر ٦٧ نبـذة ٩ ، ومقـال له بالاشتراك مع Van Yyn فى المجلة العامة للتأمين والمسئولية العدد ٨٤٩ عنوانه :

Les demandes fondées sur les articles 1382 et 1384 et. 1er, ont-elles la même cause ?

نظرية تحمل التبعة ، يقولون ان هـذا النوع من المسئولية مختلف عن المسئولية المبنية على خطأ ثابت ولا يقوم الا بنص المشرع عليـه فى كل حالة على حدة ، فيعتبر النص الخاص فى هذه الحالة هو السبب فى دعوى المسئولية ، وهذا السبب متميـز عن سبب المسئولية المبنية على خطـأ ثابت (٧٨) •

ولكن لمـا كان من الثابت أن المحاكم لم تأخذ بنظرية تحمل التبعة ، فلا يمكن أن تستند اليها فى تبرير نظريتها فى تعدد سبب المسئولية • أما تعليل هذه النظرية الأخيرة بأن سبب المسئولية هو الخطأ الذى ترتب عليه الضرر ، وأن المسئولية تتعدد أسبابها تبعا لتعـدد الأخطاء ، فقد رأينا فساد النتائج التى يؤدى اليها ، ونضيف الى ذلك أنه اذا اتهم سـائق سيارة مثلا بتهمة القتل خطأ لتجاوزه حـد السرعة القانونية وبرىء من تهمته ولكن ثبت أنه لم يستعمل آلة التنبيه لتحذير المارة أو لم يكن يضىء أنوار السيارة ليلا ، فان منطق هذه النظرية يقضى برفض طلب التعويض المبنى على تجاوز السرعة ولا يسمح للمحكمة أن تحكم بالتعويض على أساس الخطأ فى عدم تحذير المارة أو فى عدم اضاءة الأنوار مادام المدعى لم يتمسك بهذه الأخطـاء ، على أن يكون حق المدعى محفوظـا فى رفع دعوى جديدة بكل واحد من هذه الأخطاء • ولكن المحاكم خالفت فى هذه الحالة منطق نظريتها وسمحت لنفسها بتغيير أساس المسـئولية المدنية وحكمت من تلقاء نفسها بالتعويض بناء على أخطاء أخرى غير التى تمسك بها ورثة المصاب (٧٩) • فكان هذا دليلا آخر على فساد الرأى القـائل

---

(٧٨) أنظر Tauzin فى رسالته

Un exemple de «socialisme juridique» en matière de responsabilité du fait des choses.

باريس ١٩٢٨ ص ١٦٦ وما بعدها ، لالو نبذة ٢٠ ، سافاتييه فى تعليقاته فى دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٥٣ و ١٩٢٩ — ١ — ٣٣ ، Bichot فى رسالته :

L'autonomie de la responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses.

باريس ١٩٣٢ ص ١٠١ وما بعدها .

(٧٩) استئناف دوييه ٢٥ نوفمبر ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ١ — =

بتعدد أسباب المسئولية تبعا لتنوع الأخطاء المتسببة فى الضرر .

٢٢ — أنصار نظرية وحدة السبب : وقد هالت نتائج هذا الرأى الأستاذ جوسران ، فقال اذن يراد بنا أن نسخر جميع نصوص القانون لمصلحة المصاب يستعملها على التوالى ، فلا ينتهى من دعوى مستندة الى نص معين حتى يعمد الى أخرى مبنية على نص غيره ، وهكذا تتعدد المنازعات ولا تنتهى عند حد ، خلافا لما قصده المشرع من تقرير قاعدة حجية الشىء المحكوم فيه ! (٨٠) ، ثم عمد هذا العلامة الى تعريف السبب فى دعوى المسئولية بأنه الواقعة القانونية التى ينشأ منها الحق فى التعويض أو بعبارة أخرى هو الحادث الضار أى الفعل المادى الذى نشأ عنه الضرر (٨١) ، بل هو الضرر ذاته الذى لحق المصاب (٨٢) ، والضرر

= ١٤١ ؛ وانظر أيضا مازو نبذة ٢٠٩٨ ونشأت بك نبذة ٥٩٣ والاحكام التى اشار اليها كل منهما . محمد سامى مازن فى القانون والاقتصاد ٢ ص ٣٤٩ .

(٨٠) انظر مقال جوسران السابق الاشارة اليه فى دالوز الاسبوعى ١٩٣١ ص ٧١ ، وقد انتقد هذه النتائج أيضا بلانيول وريبير واسمان حيث قالوا فى ج ٦ نبذة ٦٧٧ و ٦٧٩ :

«..Ces solutions sont regrettables en ce qu'elles multiplient les procès. Elles ne paraissent pas nécessaires pour éviter qu'on soit condamné sans avoir pu se défendre. En fait le défendeur en responsabilité s'efforce presque toujours de prouver qu'il n'a pas été fautif et par là se défend contre les présomptions de faute. On peut exiger qu'il le fasse et ne se borne pas à une attitude purement passive. Il convient d'exiger aussi du demandeur qu'il présente dans un seul procès toutes ses prétentions— La jurisrudence a simplement profité de la technique pour écarter l'obstacle apporté à une condamnation civile par sa théorie de la chose jugée».

وفى هذا المعنى أيضا تعليق Chavegrin فى سيرى ١٩٢٧ — ١ — ٣٢١ .

(٨١) وانظر فى هذا المعنى أيضا تعليق بيسون فى دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢١ النهر الاول ، وقارن على زكى العرابى (باشا) تحقيق الجنايات ج ١ ص ١١٦ .

واحد لا يتغير باختلاف الوسائل التى يلجأ اليهـا المصاب للحصول على حقه فى التعويض .

وقد ذهب النائب العام البلجيكى Leclercq صـاحب نظرية الخطأ المادى (٨٣) الى أبعد من ذلك ، فلم يقف عنـد حد اعتبار الضرر هـو السبب فى دعوى المسـئولية ، بل قال انه الحق الـذى حصـل الاضرار به le droit lésé (٨٤) ، وذكر أن محكمة النقض البلجيكية أخذت بذلك فى حكميهـا الصـادرين بتاريخ ١٧ نوفمبـر ١٩٢٧ و ١٨ سبتمبر ١٩٣٠ (٨٥) .

وأخذ العالمان هنرى وليون مازو برأى النائب العام البلجيكى ورتبا عليه نتائجه (٨٦) .

وخصص Yves Brochen رسالة للدكتوراه لبحث فكـرة السبب القانونى فى دعاوى المسئولية المدنية (٨٧) ، خلص منها الى القول بأن سبب دعوى المسـئولية ليس هو الضرر ولا الحق الذى حصل الاضرار به ، وانما هو مجرد المساس بالحق .

«..La violation du droit envisagée comme notion abstraite et compréhensive, qui engloberait les fautes génératrices.

---

(٨٢) وأنظر فى هذا المعنى أيضا بلانيول وريبير المختصر جـ ٢ نبذة ٥٤ مكررة ، جارو المختصر فى القانون الجنائى نبذة ٣٠١ ، وحكم محكمة السين ٢٥ يوليه ١٩٣٢ دالوز الاسبوعى ١٩٣٢ — ٥٣٤ .

(٨٣) أنظـر مذكرته تحت نقض بلجيكى ٤ يوليـه ١٩٢٩ بازيكريزى ١٩٢٩ — ١ — ٢٦١ ، وتعليقـه على نقض ٢٣ يونيـه ١٩٣٢ بازيكريزى ١٩٣٢ — ١ — ٢٠٠ ، وعرض نظريته فى دى باج جـ ٢ نبذة ٩٣٥ .

(٨٤) أنظر مذكرته تحت نقض بلجيكى ١٧ نوفمبر ١٩٢٧ بازيكريزى ١٩٢٨ — ١ — ١٣ .

(٨٥) أنظر تعليقه على نقض ٢٣ يونيه ١٩٣٢ السالف ذكره ، وقـد أورد بيرسون ودى فيليه فقرات مطولة من هذا التعليق فى كتابيهما جـ ٢ ص ١٧٤ و ص ١٧٥ .

(٨٦) مازو نبذة ٢٠٩٧ وما بعدها .

(٨٧) جامعة Lille سنة ١٩٣٣ .

٢٣ — ترجيح نظرية وحدة السبب : وعندى أن كل هـذه الآراء ترمى الى غرض واحد هو القول بوحـدة السبب فى دعوى المسـئولية المدنية (٨٨) ، وهذا هو بيت القصيد ، وأؤثر أن أقف عنـد حد اعتبـار السبب فى الدعوى هو الواقعة القانونية أى الفعل الضار المنشىء لحق التعويض (٨٨ مكررا) . أما ترتيب هذا الفعل الضار وادراجه تحت نظام

---

(٨٨) فالقول بأن السبب هو الفعل الضار يقصد به فعل الاضرار بحق الغير ، والاستاذ جوسران نظر الى هـذا الفعل من ناحيته المـادية فوجده يتجسم فى الضرر ، والاساتذة مازو وليكلير نظروا اليه من ناحيـة المصـاب فغلبوا حقه الذى أعتدى عليه ، والاستاذ بروخن نظر اليه من جانب الفاعل فغلب فكرة المساس بالحق ، والاستاذ بيسون مر بهذه النظرات جميعا فقال ان سبب اسئولية هو الفعل الضار ، ومصدر الالتزام هو فكرة الخطأ المجردة أو الاضرار بالغير دون حق أو عدم مشروعية الفعل الضار .

(٨٨ مكرر) وقـد اعتبرت المحـاكم المصرية سبب الدعوى بوجه عام الواقعة القانونية . انظر استئناف مصر ٢٨ مارس ١٩٣٥ المحـاماة ١٦ — ٤١٢ — ٨٩٨ ، ١٥ مايو ١٩٢٣ المجمـوعة ٢٤ — ١١٤ ، استئناف أسيوط ١٧ نوفمبر ١٩٣٤ المحاماة ١٦ — ٣٠٩ — ١٢٩ ، نجع حمـادى الجزئية ١٤ يونيه ١٩٣٨ المحاماة ١٩ — ١٥٤ — ٧٠ ، مصر الآهليـة (مستعجل) ٢٨ أغسطس ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٢٦٦ — ٩٤ ، سوهاج الكليـة ٣١ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ — ١١٩٦ — ٥٠٤ ، نقض ٧ مايو ١٩٣٦ المجموعة المدنية للاستاذ كامل مرسى بك سنة ١٩٤٢ ص ١٩٣ ، استئناف مختلط ١٣ ديسمبر ١٩٣٢ (٤٥ ص ٦٨) ، ٢ فبراير ١٩٣٣ (٤٥ ص ١٥٦) ، وايضا ٨ ابريل ١٩٣٦ (٤٨ ص ٢٢١) حيث ورد فيه :

«Il y a identité de cause entraînant l'autorité de chose jugée lorsque c'est toujours le même fait juridique qui est invoqué comme cause dans deux instances, la nature de l'instance étant sans importance en elle-même».

وجاء ايضا فى حكم ١٩ ابريل ١٩٣٨ الغازيت ٢٩ — ٩٧ — ١٣١ مـا يأتى :

Il y a identité de cause entre deux demandes lorsqu'elles sont toutes deux basées sur un même fait juridique qui constitue un fondement direct ou immédiat du droit ou du bénéfice légal que fait valoir la partie.

L'idée de cause se rattache à celle du fondement de l'action, au titre invoqué, à la qualité en laquelle on agit, et non pas à la loi

المسئولية التقصيرية عن الفعل الشخصى أو تحت نظام المسئولية التعاقدية أو أى نظام آخر من أحوال المسئولية المفترضة ، فيعتبر تكييفا قانونيا للفعل الضار أو على الأكثر وسيلة من الوسائل التى يلجأ اليها المصاب للحصول على حقه فى التعويض .

غير أنا نرى التحفظ فيما يتعلق بمسئولية السيد عن فعل تابعه ، لأن هذه الحالة تعتبر طبقا للرأى الراجح فى الفقه الحديث الحالة الوحيدة التى يكون فيها المرء مسئولا عن فعل غيره حقا دون أن ينسب اليه خطأ ثابت أو مفترض كما فى الحالات الأخرى (٨٩) ، فهذه المسئولية قد قررها المشرع بنص خاص قصد به ضم ذمة السيد الى ذمة تابعه فى الالتزام بتعويض المصاب ، فهى نوع من الضمان أو الكفالة ، مصدره المباشر نص القانون لا الفعل الضار ، فيمكن القول بأن سببها هو هذا النص وأنه يختلف عن سبب المسئولية فى الحالات الأخرى (*) .

٢٤ — نتائج هذه النظرية : يترتب على هذه النظرية عكس ما رتبته المحاكم على نظريتها من نتائج :

(فأولا) سلطة المحكمة فى تغيير وصف المسئولية من تلقاء نفسها :

ان القول بأن ادراج الفعل الذى نجم عنه الضرر تحت النص الذى

---

en vertu de laquelle ce titre serait opérant par rapport au but visé par la demande.

(٨٩) انظر بلانيول ج ٢ نبذة ٩٠٩ ، مازو نبذة ٩٣٤ وما بعدها ، وبهجت بدوى فى رسالته ص ٤٩ والمراجع التى أشاروا اليها .

(*) وقد اخذت بذلك المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٨ فبراير ١٩٦٥ مجموعة أحكام المحكمة المذكورة س ٥ ص ١٣٣٧ .

وكذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢٧ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٨٢ — ٢٤ .

وقد أطرد قضاؤهما على ذلك :

=

ينطبق عليـــه يعتبر تكييفا قانونيا ، يجعل هــذه المسألة داخلة فى سلطة المحكمة .

فاذا اقتصر المصاب على بيان الفعل الضار وطلب التعويض عمـا لحقه بسببه من ضرر ، تعين على المحكمة أن تكيف هذا الفعل وأن تطبق عليه نص القانون الذى تتوافر فيه شروطه (٩٠) . ولا تعتبر المحـكمة أنها قضت بشىء لم يطلب منها اذا هى بنت حكمها بالتعويض المطلوب على حجة لم ترد على لسان الطالب (٩١) .

واذا قام المدعى بتكييف الفعل الضـــار تكييفـا خطأ ، وجب على المحكمة أن تصحح هذا التكييف ، فمثلا اذا كيف الراكب المصاب دعواه ضد متعهد النقل بأنهـا مسئولية تقصيرية ، تعين على المحكمة — طبقـا للـرأى الراجح القـائل بعـدم الخيرة بين المسـئوليتين التقصـيرية والتعاقدية (٩٢) —أن تصحح هذا التكييف وتطبق على الدعوى قواعد

= نقض مدنى ٢ ابريل ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض ١٩ — ٦٨٩ — ١٠١ .
نقض مدنى ٥ ديسمبر ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ — ١٤٩٠ — ٢٣٧ .
نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ١٢٤٣ — ٢١٦ .
وانظر ايضـا ٩ فبراير ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨ — ٤١٣ — ٨٠ .
وانظر فى تفاصيل ذلك مؤلفنا فى أصول الاثبـات واجراءاته ، جـ ٢ ، ط ٤ ، سنة ١٩٨٦ ، ص ٢٣٨ ، نبذة ٣١٠ وما بعدها .
وقد اخذت بذلك محكمة النقض السورية (الغرفة المدنيـة الثانية) قرار ٤٦٤ اساس ٣٨٣ بتاريخ ٢٧ سبتمبر ١٩٦٧ المحامون ٣٢ سنة ١٩٦٧ ص ٤١٦ رقم ٤٩٢ .

(٩٠) مازو نبذة ٢٠٩٢ ، بروخن فى رسالته السابق الاشارة اليها ص ١٢٦ ، نقض فرنسى (عرائض) ٢ نوفمبر ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٦٤ .

(٩١) انظر محمد حامد فهمى فى المرافعات نبذة ٧٣١ .

(٩٢) انظر لالو نبذة ٢٧١ ، بران Brun فى المسئوليتين التعـاقدية والتقصيرية ص ٢٥٠ ، بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ نبـذة ٤٩٣ ، كـولان وكابيتان جـ ٢ نبذة ١٩٣ و ١٩٤ ، جوسران جـ ٢ نبذة ٤٨٦ ، دى باج جـ ٢ نبذة ٩٢٧ .

المسئولية التعاقدية (٩٣) • فان لم تفعل ذلك ، واكتفت برفض الدعوى بحالتها ، فوتت على المدعى حقــه فى التعويض ، لأن حكمها ستكون له حجية الشىء المحكوم فيه ، فيحول دون رفع دعوى جديدة على أساس المسئولية التعاقدية •

ومثل ذلك مثل سلطة المحكمه فى تكييف العقــود بالرغم من تمسك الخصوم بتكييفها على وجــه معين (٩٤) • ويعتبر هــذا التكييف مسألة قانونية تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابه محكمة النقض ، فاذا فصلت محكمة الموضوع فى دعوى تعويض على أســاس أن الخطأ الذى دعــا للمسئولية هو خطأ تعاقدى ، فطبقت فى حكمها قواعد المسئولية التعاقدية، ورأت محكمه النقض أن المســئولية موضع البحث ليست تعــاقدية بل تقصيرية ، كان لها أن تنقض الحكم وأن تجرى أحكام المسئولية التقصيرية على الدعوى موضع النظر (٩٥) •

واذا أسند المصاب وقوع الفعل الضار الى خطأ معين ، ولم يثبت على المدعى عليه هذا الخطأ ، ولكن ثبت عليه خطأ غيره ، تعين على المحكمة أن تقيم وزنا للخطأ الذى ثبت وأن تبنى عليه حكمها بالتعويض (٩٦) ،

---

(٩٣) ولا سيما أن التمييز بين الاحــوال التى تنطبق عليهــا قواعــد المسئولية التعاقدية وبين الاحوال التى تعتبر فيها المسئولية تقصيرية تمييز بالغ غاية الدقة ولا يزال الشراح مختلفين فى شأنه ، فلا يصح والحالة هــذه ان يؤاخذ المصاب اذا أخطأ فى تكييف دعواه .

(٩٤) نقض ١٤ مايو ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ — ٣٩٦ — ١٧١ ، ٢ يونيــه ١٩٣٢ المحاماة ١٣ — ١٥٥ — ١١ ، ٢ مارس ١٩٣٣ المحاماة ١٣ — ٩٩٢ — ٤٩٠ ، ٢٥ مايو ١٩٣٣ المجموعة ٣٥ — ٧٧ — ١٦٨ ، وانظر رسالة الدكتور احمد زكى الشيتى فى تكييف العقود سنة ١٩٤٤ نبذة ١٢ ، وقارن السنهورى فى نظرية العقد ص ٩٣٤ وما بعدها وكتابنا الوافى ج ٢ المجلد الاول فى نظرية العقد سنة ١٩٨٧ نبذة ٢٦٠ ص ٤٩٦ وما بعدها . ومثل ذلك أيضا سلطة المحكمة الجنائية فى تغيير وصف الجريمة انظر نقض ١٨ مايو ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ — ٢١٠ — ٩٣ ، ٩ فبراير ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ — ١٦ — ٩ ، ١٧ مارس ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ١٣ ، والقللى تحقيق جنايات ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٩٥) مصطفى مرعى نبذة ٣٩٢ .

(٩٦) استئناف دوبيه ٢٥ نوفمبر ١٩٢٩ السابق ذكره والمراجع المشار اليها فى ص ١٣٣ هامش ٧٩ .

لأنها لا تستطيع أن تقول — مع ثبوت هـذا الخطأ الأخير — بأن المدعى عليـه غير مسئول عن الفعل الضـار ، وان قالت ذلك أخطأت فى تطبيق القانون •

وليس معنى ذلك اعفاء المصاب من عبء اثبات الخطأ ، لأنا لانطالب المحكمة بتولى هذا العبء عن المصاب . وانما نطالبها بأن تكيف الدعوى تكييفا صحيحا على أساس ما يكون ثابتا لديها فيها من عناصر مختلفة ولو لم يكن المدعى هو الذى أثبت هذه العناصر أو تمسك بها • أما اذا عجـز المدعى عن اقامة الدليل على توافر شروط التكييف الذى كيف به دعواه ، ورأت المحكمة أن الواقعة يمكن تكييفها تكييفا آخر لو ثبتت شروط هـذا التكييف الآخر ، فللمحكمة أن تنبه المدعى الى ذلك وأن تكلفه اثبات هذه الشروط الأخيرة ، فمثلا اذا رفعت الدعوى على شخص باعتباره مرتكبـا بنفسه الخطأ الذى نشأ عنه الضرر وثبت للمحكمة أن الذى ارتكب هـذا الخطأ شخص آخر قد يكون فى رعاية الأول ، جاز للمحكمة أن توجه نظر المدعى الى امكان تكييف مسئولية المدعى عليه باعتبارها مسئولية المرء عمن هم تحت رعايته وأن تطلب منه اقامة الدليل على توافر حالة الرعاية ، ولكن هذا التنبيه ليس واجبا عليها ، اذ أن المدعى هو الذى يجب عليـه أن يجمع أدلته وحججه المستمدة من القانون أو من الوقائع تأييدا لدعواه وأن يتقدم بها للمحكمة ، فان قصر فى ذلك فلا يلومن الا نفسه (٩٧) •

(وثانيا) جواز تعديل تكييف الفعل الضار فى الاستئناف وحتى فى النقض لأول مرة :

اذا رفع المصاب دعواه أمام محكمة أول درجة باعتبار المدعى عليه مسئولا عن خطأ ثابت وقع منه ، فان هـذا لا يحول دون تعديل هـذا

---

(٩٧) أنظر تعليق بيسون فى دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢١ فى نهاية النهر الثانى و (نقض مدنى مصرى ٢٧ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٨٢ — ٢٤) •

التكييف والتمسك أمام المحكمة الاستئنافية لأول مرة باعتبار المدعى عليه مسئولا مسئولية تعاقدية ، أو مسئولية عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء الموجودة فى حراسته (٩٨) • لأن التمسك بهذا التكييف الجديد لا يعتبر طلبا جديدا بل تمسكا بوجه جديد من أوجه الدفاع التى يجوز قبولها فى الاستئناف لأول مرة (٩٩) • وقد قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية فى حادثة من حوادث نقل الركاب وقعت فى سنة ١٩١١ أى فى ذات السنة التى عدلت فيها المحاكم الفرنسية من اعتبار المسئولية فى هذه الحوادث تقصيرية الى اعتبارها تعاقدية (١٠٠) ، اذ قررت أن تعديل المدعى أساس دعواه فى الاستئناف من المسئولية التقصيرية الى المسئولية التعاقدية لا يعتبر طلبا جديدا ويجوز قبوله فى الاستئناف لأول مرة (١٠١) •

ومثل ذلك مثل دعاوى البطلان والأوجه المختلفة التى تبنى عليها ، فقد حكم بأن دفع الدعوى بأن العقد — الذى طعن فيه أمام محكمة أول درجة بعدم صحة توقيعه — ان صح توقيع المورث عليه ، فهو عقد باطل صدر لوارث فى مرض الموت ، لا يعد من الطلبات الجديدة التى لا يجوز تقديمها لأول مرة لمحكمة الاستئناف بالمعنى المقصود فى المادة ٣٦٨

---

(٩٨) مع التحفظ الذى سبق أن ابديناه فيما يتعلق بمسئولية السيد عن فعل تابعه (انظر ما تقدم فى ص ١٣٧) • وعلى أساس هذا التحفظ نستطيع فهم حكم محكمة الاستئناف المختلطة الذى قرر أنه يعتبر طلبا جديدا غير مقبول فى الاستئناف لاول مرة اذا كان الخصم بعد أن طلب أمام محكمة اول درجة الحكم على ادعى عليهم بصفتهم مسئولين عن الضر الحاصل من ادارة الحارس عدل طلبه فى الاستئناف الى الزامهم بصفتهم فاعلين اصليين للخطأ الناشىء عنه الضرر ، استئناف مختلط ٧ مايو ١٩٣٦ (٤٨ ص ٢٥٨) المحاماة ١٧ — ١٢٥٤ — ٦٣٥ •

(٩٩) مازو نبذة ٢١٠٠ ، مصطفى مرعى ص ٣٩٥ هامش ١ ، والطبعة الثانية ص ٣٤٨ هامش ١ •

(١٠٠) وقد شغلت هذه القضية المحاكم ١٩ سنة عرضت فى اثنائها على محكمة النقض مرتين واثارت الاحكام الصادرة فيهما مناقشات طويلة بين الشراح وقد أوردنا تفاصيلها فى رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية باللغة الفرنسية ص ٤٨٩ وما بعدها •

(١٠١) نقض فرنسى (مدنى) ٦ يونيه ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ٢٠٦ •

مرافعات لأنه من أوجه دفاع المدعى عليهم (١٠٢) • وكـذلك اذا رفعت دعوى بطلان عقد بيع لصدوره فى مرض المـوت ، وفى الاستئناف طلب المستأنفون الحكم ببطلان العقد لأنه عقد هبة ولم يحصل بعقد رسمى ، فقد حكم بأن التمسك بعدم الرسمية لا يعتبر طلبا جديدا مما لا يجـوز قبوله فى الاستئناف ، بل دليلا جديدا (١٠٣) •

ومثل ذلك أيضا طرق انقضاء الحق ، فقد حكم بأنه لا يعتبر طلبـا جديدا بل وجهـا من أوجه الدفاع التى تقبـل فى الاسـتئناف التمسك بالمقـاصة القانونية (١٠٤) ، أو بالتقـادم الخمسى بالنسـبة لفـوائد الدين (١٠٥) ، أو بأى نوع من أنواع التقادم الأخرى (١٠٦) •

فاذا كانت المحاكم أخذت بذلك فى أوجه البطلان وفى طرق الانقضاء، فيتعين عليها أن تأخـذ به من باب أولى فى المسئولية المدنيـة • ذلك أن البطلان أو الانقضاء ليس هو الا موضوع الدعـوى ، أما سببها فيتعذر الاهتداء اليه خارجا عن أوجه البطلان أو طرق الانقضـاء ، فى حين أن الأمر يختلف عن ذلك فى دعاوى المسئولية المدنية اذ أن هذه الدعاوى لها موضوعها وهو التعويض وسببها وهو العمل الضار ، فاذا اعتبرت المحاكم أوجه البطلان وطرق الانقضاء مجرد وسائل جديدة ، مع أنها هى السبب فى طلب البطلان أو الانقضاء ، فمن باب أولى يجب أن يعتبر كذلك مجرد تعديل التكييف القانونى للسبب فى دعوى المسئولية ، أى للفعل الضار ، بل انا نرى أن هذا التكييف لا يرقى الى درجة تلك الوسائل ولا يزيد عن أن يكون حجة جديدة كان يجب على محكمة أول درجة أن تأخـذ بها من

---

(١٠٢) نقض مصرى (مدنى) ٦ ابريل ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٥٦ — وانظر مؤلفنا فى أصول الاثبات واجراءاته ط ٤ ج ٢ سنة ١٩٨٦ ص ٢٤٢ .

(١٠٣) استئناف مصر ٢٣ مايو ١٩٢٣ المحاماة ٢ — ٤٨٨ — ١٦٢ .

(١٠٤) استئناف مختلط ٨ ابريل ١٩٣٦ (٤٨ ص ٢١٩) .

(١٠٥) استئناف مختلط ٢٦ فبراير ١٩٢٩ (٤١ ص ٢٧٥) .

(١٠٦) استئناف مختلط ١٥ ينـاير ١٩١٤ (٢٦ ص ١٥٤) ، وانظـر موسوعة فرونن تحت كلمة Appel civil نبذة ٣٢٠ وما بعدها . ومؤلفنا سالف الذكر فى أصول الاثبات واجراءاته ص ٢٤١ .

تلقاء نفسها مادامت عناصرها متوافرة لديها فى ملف الدعوى .

واذا كان الأستاذان هنرى وليون مازو قـد اقتصرا على اعتبـار تكييف العمل الضار بنوع معين من المسئولية وسيلة جديدة يجوز التمسك بها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية فقط ، ولكن لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض (١٠٧) ؛ فانا نذهب فى ذلك الى أبعد منهما ونرى أن هذا التكييف لا يعدو أن يكون حجة من الحجج arguments التى يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، كما يتضح ذلك من تعريف الأستاذ محمد حامد فهمى لهـذه الحجج فى بحثـه القيم فى محكمة النقض والابرام المصرية حيث يقول :

« يقبل التمسك لأول مرة أمام محـكمة النقض بالأوجه والحجج التى كان يتعين على محكمة الموضوع أن تلاحظها وأن تقضى فيها من تلقاء نفسها والا كانت مخطئـة فى حكمهـا ... فيجـوز التمسك بالحجج القـانونية البحتـة Systèmes ou arguments nouveaux, moyens de pur droit التى تؤيد ما سبق ابداؤه أمام محـكمة الموضوع ، على اعتبار أن ابداء أى وجه من أوجه الدفاع أمام محكمة الموضوع يتضمن التمسك بكل الحجج القانونية التى تؤيد هذا الوجه ، وأن تطبيق أحكام القانون على الوقائع واجب على القاضى يؤديه من تلقاء نفسه بغير حاجة الى من ينبهه أو يرشده اليه . على أنه يشترط فى هـذه الحالة أيضا ألا يقتضى الفصل فى الحجة الجديدة argument nouveau تحقيق واقعـة غير مثبتـة فى الحكم المطعون فيـه . حتى لا تكلف محكمة النقض بتحقيق الوقائع ، وهو أمر يخرج عن سلطتها » (١٠٨) .

---

(١٠٧) مازو نبذة ٢١٠٠ وانظر فى هذا المعنى ايضا مصـطفى مرعى ص ٣٩٥ هامش ٥ والطبعة الثانية ص ٣٤٨ هامش ١ ، وقارن به ما جـاء فى ص ٤٠٠ نبذة ٣٩٢ والطبعة الثانية ص ٣٥٢ نبذة ٣٩٢ .

(١٠٨) الدكتور محمد حامد فهمى ، محكمة النقض والابرام المصرية ، فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ١٩٣٢ ص ٤٧٩ ، وقد اشار فى ذلك الى جارسونيه ج ٦ نبذة ٣٨٤ .

وقد طبقت محكمة النقض المصرية ذلك فى حكمها الصادر بتاريخ ١١ أبريل ١٩٣٥ حيث قبلت طعنا مبنيا على أن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون اذ قضى بالتعويض على أساس الغصب أو المسئولية التقصيرية فى حين أن منشأ الضرر الاخلال بالتزام تعاقدى هو الالتزام بتسليم أطيان مبادل عليها وكان الواجب أن تطبق عليه قواعد المسئولية التعاقدية وقالت فى أسباب حكمها ما يأتى :

« وحيث ان الواضح أن محكمة الاستئناف قد كيفت الدعوى المطروحة لديها تكييفا خاطئا نقلتها به عن حقيقتها وأعطتها حكما قانونيا غير ما يجب اعطاؤه لمثلها ، ذلك بأن تسليم الأطيان المتخلفة للأمير (وهو الذى عقد المبادلة مع الحكومة) أمر واجب على الحكومة بمقتضى عقد البدل . واذا كانت الحكومة تأخرت فيه كما أثبته الحكم ، فتكون قد قصرت فى تنفيذ ما يوجب عليها العقد . فالتأخير فى التسليم هو تقصير تعاقدى يأخذ حكمه القانونى ، وحكم القانون فى ذلك وارد فى المادة ١١٩ من القانون المدنى وهو ايجاب التضمينات على المدين المقصر ، ثم بالمادة ١٢٠ التى تقضى بأن تلك التضمينات لا تكون مستحقة الا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفا رسميا .

« وحيث ان المحكمة قد تركت التكييف الصحيح لما ثبت لديها من الوقائع ، واعتبرت تقصير وزارة الأشغال فى تنفيذ العقد بالتسليم اعتبرت ذلك خطأ فعليا *faute délictuelle* كالاغتصاب ، فأوجبت التضمين على الوزارة من يوم حصول ذلك الفعل الذى أسندته الى تاريخ العقد ماعدا سنتين ، وواضح أن هذا مخالف للقانون ... ويقتضى نقض الحكم » (١٠٩) .

---

(١٠٩) نقض مصرى (مدنى) ١١ ابريل ١٩٣٥ المحاماة ١٥ — ١ — ٣٩٥ — ٢٠٦ ، وقرب من ذلك نقض مدنى ٢٧ يناير ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ — ١٨٢ — ٢٤ ، نقض مدنى ٢ ابريل ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض ١٩ — ٦٨٩ — ١٠١ ، نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٧٣ مجموعة =

(وثالثا) حجية الشيء المحكوم فيه : فاذا رفعت دعوى التعويض بتكييف معين ، واستمر نظر الدعوى ابتدائيا واستئنافيا على أساس هذا التكييف ، دون أن يدخل عليه أى تعديل ، لا من جانب المدعى ، ولا من جانب المحكمة ، فان الحكم الذى يصدر فيها متى صار نهائيا تكون له حجية الشيء المحكوم فيه ، ويمنع من نظر أية مطالبة جديدة بتعويض عن الضرر الناشيء من الواقعة التى كانت السبب فى الدعوى الأولى (١١٠) ٠ وبذلك ينتفى الخطر الذى نبه اليه كابيتان (١١١) ٠ فلا يجوز لمن رفضت دعاواهم المبنية على المادة ١٣٨٢ بأحكام نهائية قبل استقرار مبدأ المسئولية الناشئة عن الأشياء فى سنة ١٩٢٤ أن يجددوا المطالبة بالتعويض على أساس هذا المبدأ بعد أن تقرر ، كما أنه لم يجز للركاب الذين أصيبوا فى أثناء النقل ثم رفضت دعاواهم المبنية على المسئولية التقصيرية أن يعودوا — بعد أن قررت المحاكم الفرنسية فى سنة ١٩١١ اعتبار مسئولية متعهد نقل الركاب مسئولية تعاقدية — الى المطالبة بالتعويض على هذا الأساس الجديد ، ولن يجوز للمرضى الذين أصابهم ضرر من العلاج ورفض طلبهم التعويض على أساس المسئولية التقصيرية — قبل حكم النقض الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٣٦ باعتبار مسئولية الطبيب تعاقدية — أن يرفعوا دعاوى جديدة على أساس المسئولية التعاقدية (١١٢) ٠

(وأخيرا) اذا رفع المصاب دعوى التعويض الى المحكمة المدنية ، ولو كان ذلك على أساس المسئولية المفترضة ، فانه يستنفد حقه فى الخيار المخول له بمقتضى قاعدة Una via electa ويغلق فى وجهه باب الادعاء بالحق المدنى أمام المحكمة الجنائية ، لأن دعوى التعويض التى أقامها أمام المحكمة المدنية تتحد مع الدعوى المدنية التى يريد أن يرفعها

= احكام النقض ٢٤ — ١٢٤٣ — ٢١٦ ، وايضا ٩ فبراير ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨ — ٤١٣ — ٨٠ ٠

(١١٠) مازو نبذة ١٧٤١ ٠

(١١١) راجع ما سبق فى ص ١٣٠ ٠

(١١٢) فى هذا المعنى جوسران فى مقاله السابق الاشارة اليه ٠

الى المحكمة الجنائية من حيث السبب والموضوع والخصوم ، فلا يجوز له بعد أن اختار الطريق المدنى أن يعدل عنه الى الطريق الجنائى (*) •

فيتضح من ذلك أن نظرية وحدة السبب فى المسئولية تتفادى جميع النتائج السيئة التى ترتبت على ما ذهبت اليه المحاكم من تعدد الأسباب فى المسئولية عن الضرر الناشىء من عمل واحد •

٢٥ — المسألة الرابعة — اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية (**) :

نصت المادة ٣ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى على جواز رفع الدعوى المدنية تبعا للدعوى العمومية أمام المحكمة الجنائية ، ونصت على مثل ذلك المادتان ٥٢ و ٥٤ تح أهلى والمادة ٤١ تح مختلط قديم والمادة ٩ تح مختلط معدل •

ومن المسلم به أن الدعوى المدنية لا تتولد الا اذا توافر فى العمل الذى تنشأ عنه شرطان أساسيان : (١) أن يكون هذا الفعل جريمة جنائية ، (٢) وأن يكون الضرر المطلوب تعويضه ناشئا عن الجريمة مباشرة (١١٣) • فاذا ثبتت الجريمة وحكم فيها بالادانة وكانت علاقة السببية المباشرة بينها وبين الضرر متوافرة ، حكم أيضا بالتعويض على أساس الخطأ الثابت ، فلا تظهر أهمية المسئولية المفترضة • أما اذا كان

(*) فى هذا المعنى حكم الادارية العليا ٢٨ فبراير ١٩٦٥ مجموعة أحكام المحكمة المذكورة ٥ ص ١٣٣٧ .

وقررت محكمة النقض أنه متى حاز حكم قوة الامر المقضى فانه يمنع الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها من العودة الى المناقشة فى المسألة التى فصل فيها (نقض مدنى ٥ ديسمبر ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض ١٩ — ٢٣٧ — ١٤٩٠) .

(**) أنظر تعليقا على حكم آخر فى هذا اوضوع فيما يلى فى ص ١٥٧ .

(١١٣) جندى بك عبد الملك ، الموسوعة الجنائية جـ ٣ ص ٦٠٠ نبذة ٦ وما بعدها .

الضرر غير ناشىء مباشرة عن الجريمة ، حكم بعدم قبول الدعوى المدنية (١١٤) ، واذا لم تثبت الجريمة ، وجب كذلك الحكم بعدم قبول الدعوى المدنية لعدم اختصاص المحكمة الجنائية بها ، لأن المحكمة الجنائية غير مختصة بدعوى لها صبغة مدنية محضة (١١٥) .

فالقاعدة اذن أن المحكمة الجنائية اذا برأت المتهم لعدم ثبوت الجريمة تصبح غير مختصة بالفصل فى الدعوى المدنية . وقد أخذ المشرع الايطالى بهذه القاعدة العامة ونص عليها فى المادة ٢٣ تح ، وطبقها المشرع الفرنسى بالنسبة لمحاكم الجنح والمخالفات (أنظر المادتين ١٩١ و ١٥٩ تح فرنسى) واستثنى منها محاكم الجنايات اذ خولها سلطة الحكم بالتعويض حتى فى حالة البراءة (أنظر المواد ٣٥٨ و ٣٥٩ و ٣٦٦ تح فرنسى) . وحذا المشرع البلجيكى حذوه ولكنه عدل عن ذلك فيما يتعلق بمحاكم الجنايات فسلبها بقانون ٢١ ديسمبر ١٩٣٠ سلطة الحكم بالتعويض فى حالة البراءة .

أما المشرع المصرى فقد خالف هذا النهج ، ولم يكتف بأن يقرر فى حالة الحكم بالبراءة اختصاص محاكم الجنايات بالفصل فى الدعوى المدنية اختصاصا وجوبيا ، بل قرر لمحاكم الجنح ومحاكم المخالفات فى هذا الشأن اختصاصا جوازيا (المادة ١٤٧ تح أهلى و ١٤٤ تح مختلط قديم بالنسبة لمحاكم المخالفات ، والمادة ١٧٢ تح أهلى و ١٧١ تح مختلط قديم بالنسبة لمحاكم الجنح) (١١٦) ، أى أنه جعل الحكم فى طلب

---

(١١٤) نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ٦٩٧ — ٣٠٥ ، ٨ يونيه ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ — ٣٥١ — ١٤٠ .

(١١٥) نقض ١٤ فبراير ١٩١٤ المجموعة ١٥ — ١١٥ — ٥٩ ، ١٠ نوفمبر ١٩١٧ المجموعة ١٩ — ٢ — ٢ .

(١١٦) وفى القانون المختلط الجديد لتحقيق الجنايات نصت المادة ٩ على أن حق التعويض الناشىء من جريمة جنائية تجوز المطالبة به أمام المحاكم الجنائية تبعا للدعوى العمومية ، فذهبت بعض المحاكم بناء على ذلك الى أنه فى حالة البراءة لاتكون هناك جريمة ، واذن فلا تكون الدعوى المدنية مقبولة =

التعويض اختياريا لها ان شاءت أتته ، وان شاءت تركته (١١٧) • لكنها ان أرادت أن تحكم فيه وجب عليها أن تتحدث فى حكمها عن التعويضات المطلوبة وأن تقول فيها كلمتها مبينة الأسباب التى تستند اليها فيما تقضى به (١١٨) ، وان أرادت أن تتخلى عنه فعليها اظهار هذه الارادة مع حفظ الحق للخصوم يتقاضونه لدى جهــة الاختصاص (١١٩) • وقــد بينت محكمة النقض من زمن طريقة استعمال هذا الحق المخول لمحاكم الجنح والمخالفات ، فقررت انه يجب أن تكون هناك شبهة جريمة أى أن لايكون النزاع فى الواقع مدنيا بحتا وانما ألبسه المدعى ثوب الجريمة توصــلا الى اختصاص المحاكم الجنائية ، وأن لا تكون الدعوى المدنية فى حاجة الى اجراءات طويلة للفصل فيها يترتب عليهــا تعطيل الفصــل فى الدعوى العمومية (١٢٠) • وقد اتبعت المحاكم باطراد هذا التوجيه الذى وضعته محكمة النقض (١٢١) •

ويظهر من مجموع هذه الشرائع التى أشرنا اليهــا — فيمــا عدا التشريع المصرى — أنها تضيق فى اختصاص المحاكم الجنائية بالدعوى المدنية الى حد كبير ، وأنها تعتبر الأصل عند البراءة عــدم اختصاصها بالدعوى المدنية ، وأن القانون الفرنسى ينفرد باستثناء محاكم الجنايات من هذا الأصل •

ويعلل الشراح ذلك (أولا) بأن دعاوى التعويض تدخل أصــلا فى

= (جنح مصر المختلطة ٢ مايو ١٩٣٨ الغازيت ٢٨ — ٢٨١ — ٣٠٠) ، ولكن احكاما اخرى فندت هذا الراى تفنيدا تاما واخذت بعكسه استنادا الى المادتين ١٩٨ و ٣٠٦ تح مختلط جديد (انظر جنح المنصورة المختلطة ٥ مايو ١٩٣٨ الغازيت ٢٨ — ٢٨١ — ٣٠١ ، استئناف مختلط ١٩ يونيه ١٩٣٩ الغــازيت ٣١ — ٤٦ — ٣١) •

(١١٧) القللى بك تحقيق الجنايات ص ١٣٤ •

(١١٨) نقض ١٧ مارس ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ١٦ — ١١ •

(١١٩) نقض ١٦ فبراير ١٩٣٠ ذكره القللى بك فى ص ١٣٤ هامش ١ •

(١٢٠) نقض ٢٨ يناير ١٨٩٩ المجموعة ١ ص ٨٣ •

(١٢١) القللى بك ص ١٣٤ •

اختصاص المحاكم المدنية وحدها ، وانما أجاز المشرع رفعها الى المحاكم الجنائية استثناء حتى تمكن الافادة فيها من التحقيقات الجنائية المؤدية الى اثبات الجريمة ، أما فى حالة البراءة ، فلا تفيد هذه التحقيقات شيئا فيما يتعلق بالحكم بالتعويض ، ولا تتوفر اذن الحكمة التى من أجلها تقرر الاختصاص للمحكمة الجنائية ، و (ثانيا) بأنه لو اعترف بهذا الاختصاص للمحاكم الجنائية ، لكان ذلك سبيلا الى المجنى عليهم يسمح لهم أن يصوروا جرائم جنائية وهمية ليستطيعوا عن طريقها رفع دعاواهم المدنية الى المحاكم الجنائية ، فيستفيدوا من سرعة الاجراءات أمامها بدل سلوكهم الطريق العادى أمام المحاكم المدنية • أما الاستثناء الخاص بمحاكم الجنايات ، فيبرره انعدام الخوف فيه من ذلك اذ أن الدعوى العمومية لا ترفع الى هذه المحاكم الا عن طريق احالتها عليها من دائرة الاتهام (١٢٢) (التى تقابل نظام قاضى الاحالة عندنا) •

أما التشريع المصرى ، فقد وسع من اختصاص المحاكم الجنائية بالنسبة للدعوى المدنية ، اذ اعتبر القاعدة أن هذه المحاكم تكون مختصة بالحكم فى التعويض بالرغم من حكمها بالبراءة الا ان رأت محاكم الجنح والمخالفات أن تتخلى عن الفصل فى طلب التعويض ، فيكون حق المصاب محفوظا يتقاضاه أمام المحكمة المدنية •

ويعلل هذا الاختصاص برغبة المشرع فى الافادة من التحقيقات الجنائية حتى فى حال البراءة (١٢٣) • أما الخوف من قيام المصاب بتصوير جرائم جنائية لا أساس لها تذرعا لجعل المحاكم الجنائية مختصة بدعاواه المدنية ، فيدرؤه بالنسبة لمحاكم الجنايات نظام قاضى الاحالة ، وبالنسبة لمحاكم الجنح والمخالفات سلطة هذه المحاكم فى عدم قبول الدعوى اذا رأت أن التهمة المرفوعة بها الدعوى ظاهرة البطلان (١٢٤) •

---

(١٢٢) جارو جـ ١ ص ٤١٤ •
(١٢٣) جندى بك عبد الملك ص ٦٧٣ •
(١٢٤) جندى بك عبد الملك ص ٦٧٤ •

ففى دائرة هذا الاختصاص الوجوبى المقرر لمحـاكم الجنـايات الفرنسية والمصرية ، وفى دائرة الاختصاص الاختيارى المتروك لمحـاكم الجنح والمخالفات المصرية ، تظهر الأهمية العملية للتمسك أمام المحكمة الجنائية بقواعد المسئولية المفترضة • ويجوز التسـاؤل عمـا اذا كان المقصود بهذا الاختصاص أن يكون للمحكمة الجنائية ــ فى الوقت الذى تقرر فيه انتفاء الخطأ الجنائى ــ أن تبحث فقط عن خطأ مدنى ثابت تقيم الحكم بالتعويض على أساسه ، أم أنه يجوز لها أن تبنى حكمها على أية قاعدة من قواعد القانون المدنى التى تقضى بالمسئولية المفترضة ؟

ولمـا كانت القاعدة فى فرنسا أن المحاكم الجنائية لا تختص بالنظر فى الدعوى المدنية الا فى حالة ادانة المتهم ، ولما كانت الدعوى المدنية فى هذه الحالة يسهل الحكم فيها بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٢ مدنى ، فقـد قرر أكثر الشراح أن المحكمة الجنـائية لا تكون مختصة بالدعوى المدنية الا اذا كانت مبنية على المسئولية التقصيرية عن الخطأ الشخصى الثابت ، واستبعدوا بذلك اختصاصها بالنسـبة للمسئولية التعـاقدية وغيرها من حالات المسئولية المفترضة (١٢٥) •

غير أنه يلاحظ على هـذا الرأى (أولا) أنه ليس صـحيحا على اطلاقه ، اذ أنه من المسلم به أن المحكمة الجنائية تختص بنظر الدعوى المدنية ضد المسئول مدنيا مع أن مسئولية هذا الأخير مستقلة عن مسئولية المتهم وتختلف عنها من حيث شروطها ومن حيث سببها ، لأنهـا ليست ناشئة مباشرة عن الفعل المكون للجريمة وانما هى مقررة بنص القانون و (ثانيا) أنه ليس صحيحا بوجه خاص بالنسبة لمحاكم الجنايات ، لأنه مادامت هذه المحـاكم تختص بالدعوى المدنيـة حتى فى حالة البراءة ، فيجب عليها فى هذه الحالة أن تقضى فى الدعوى طبقا لما تقضى به قواعد

---

(١٢٥) لالو نبذة ٢٦٧ ، جارو المختصر نبذة ٣٢٠ ص ٦٩٨ ، والمطول جـ ١ ص ٤٠٧ ، بران ص ٢٣٣ ، J. Loup ص ١١٨ .

القانون المــدنى ، ويتعين عليهــا تكييف الدعوى وتطبيق أحكام هــذا التكييف .

لذلك يرى بعض الشراح الذين نظروا بوجه خاص الى الاختصاص الاستثنائى المقرر لمحاكم الجنايات فى حالة البراءة أن هذه المحاكم تختص بنظر الدعوى المدنية سواء كانت مبنية على المسئولية التقصيرية أو على المسئولية عن فعل الغير أو على المسئولية الناشئة عن الأشياء أو على المسئولية التعاقدية (١٢٦) .

وفى القانون المصرى حيث عمم المشرع الاختصاص الاستثنائى المقرر للمحاكم الجنائية فى حال البراءة ، يمكننا أن نقرر من باب أولى أن هذه المحاكم تملك الحكم بتعويض الضرر الناشىء عن الفعل الضار أيا كان التكييف القانونى لهذا الفعل ، لأنه متى ثبت اختصاص المحكمة بما يترتب على هذا الفعل الضار الذى هو سبب المسئولية ، فلا يجوز أن يؤثر فى هذا الاختصاص وصف المسئولية الناشئة عن هذا الفعل بأنها مسئولية تقصيرية أو تعاقدية ، أو بأنها مبنيــة على الخطأ الثابت أو على الخطأ المفترض ، وسواء أكان هذا الخطأ شخصيا أم صادرا من الغير .

— ٢ —

تطبيق المبـــادىء

٣٦ — فى قضية ابراهيم محمد هيبة (حكم أول فبراير ١٩٤٣) :
رفعت الدعوى العمومية أمام محكمة الجنايات على ابراهيم محمد هيبه وسالم محمد الشاعر لمحاكمتهما بالمادة ٢٤٠ ع . فقرة أولى باعتبار أنهما ضربا عبد العال عطية وأحدثا به عاهة مستديمة ، وادعى المجنى عليـــه

---

(١٢٦) مازو نبذة ١٨٥٧ ونبذة ٢٠٣١ ، ومقال هنرى مازو عن المسئولية التقصيرية والمسئولية التعاقدية فى المجــلة الفصلية للقــانون المدنى ١٩٢٩ ص ٦٦٤ نبذة ١٥٧ حيث يقول :

بالحق المدنى قبل المتهم الأول ، ولكن لم يثبت للمحكمة ارتكاب أى من المتهمين للضرب الذى نشأت عنه العاهة ، فبرأتهما ورفضت الدعوى المدنية . فطعن المدعى المدنى فى هذا الحكم بأنه أخطأ فى تطبيق القانون اذ كان يجب فيه الزام المتهم الأول بالتعويض على اعتبار أن واقعة الضرب حصلت من أتباعه فيكون مسئولا عنهم بناء على المادة ١٥٢ مدنى . وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن وبنت رفضها على أن التمسك بالمادة ١٥٢ يعتبر تمسكا بسبب جديد لا يجوز التمسك به أمام النقض لأول مرة .

ونستطيع فى ضوء المبادىء التى حلصت لنا أن نقرر أن محكمة النقض أصابت فى ذلك ، لأن ما قضت به يتفق لا مع مذهب المحاكم فى تعدد سبب المسئولية المدنية فحسب ، بل أيضا مع نظرية وحدة السبب ، لأن هذه النظرية — كما مر بنا — تستثنى مسئولية السيد وتعتبر سببها المباشر نص القانون لا الفعل الضار (١٢٦ مكرر) ، وبناء على ذلك يكون صحيحا أنه لا يجوز التمسك بهذه المسئولية لأول مرة أمام محكمة النقض (١٢٧) .

غير أنه يجوز لنا أن نتساءل ألم يكن فى وسع محكمة الجنايات أن تحكم بالزام المدعى عليه فى الدعوى المدنية بالتعويض اذا كان قد ثبت لديها أن المدعى عليه قد تزعم نفرا من أتباعه واشترك معهم فى الاعتداء على فريق المجنى عليه ، اذ يبدو لنا أن ذلك يكفى لتكوين خطأ يستوجب المسئولية المدنية وان لم يكن كافيا للادانة جنائيا . فقد قضت محكمة

«..On voit mal pourquoi le créancier ne pourrait pas farmer devant la juridiction répressive son action en responsabilité contractuelle..»

انظر فى هذا المعنى ايضا رؤوف عبيد فى الاجراءات الجنائية سنة ١٩٨٣ ص ١٥٧ و ٢١١ .

(١٢٦ مكرر) راجع ما تقدم فى ص ١٣٧ .

(١٢٧) على أن ذلك لا يمنع المصاب من رفع دعوى جديدة تأسيسا على المادة ١٥٢ اذا اثبت توافر شروطها .

النقض بأنه اذا اشتبك عدة أفراد فى مضاربة مع فريق آخر ، وكان كل منهم عاقدا النية على ايذاء الفريق الآخر ، فأحدثوا اصابات بذلك الفريق ، دون أن يمكن تعيين من منهم الذى أحدث الاصابة القاتلة ، فان الجميع يكونون بالرغم من ذلك مسئولين بالتضامن (١٢٨) ، لأن المسئولية المدنية خلافا للمسئولية الجنائية يكفى فيها أن يتوافر لدى المتهمين وقت الحادثة اتحاد الفكرة والارادة على ايقاع الضرب بالمجنى عليه ولا يشترط فيها الاتفاق الجنائى (١٢٩) ، ويكون المتهمون فى هذه الحالة مسئولين مدنيا حتى لو حكم ببراءتهم جنائيا (١٣٠) .

لذلك نرى أن محكمة الجنايات كان ينبغى أن تحكم بالتعويض على أساس هذا الخطأ ولو لم يتمسك به المدعى المدنى ، وان حكمها — وقد أغفل ذلك — كان يجوز الطعن فيه بالنقض لهذا السبب .

٢٧ — فى قضية المرجوشى بك ضد على محمد داود (حكم أول مارس ١٩٤٣) : اتهمت النيابة العمومية على محمد داود وآخرين من مستخدمى محل المرجوشى بك بأن كلا منهم ارتكب تزويرات أو سرقات أو اختلاسات معينة ، ودخل المرجوشى بك مدعيا مدنيا قبل جميع المتهمين ، فبرأت محكمة الجنح على محمد داود من السرقات والاختلاسات المعينة التى نسبت اليه ورفضت الحكم عليه بالتعويض . وقد أيدت المحكمة الاستئنافية حكم البراءة ولكنها — بالرغم من عدم ثبوت وقائع الاختلاس والسرقة التى نسبت اليه — حكمت عليه بالتعويض بناء على ما ثبت لديها من أن المتهم بوصف كونه وكيلا لمحل المرجوشى بك قد قصر فى تنظيم دفاتر المحل وفى مراقبة الكتاب الحسابيين ، فطعن على محمد داود فى هذا الحكم بأنه أخطأ فى تطبيق القانون لأنه قضى بالتعويض

---

(١٢٨) نقض ٢ مارس ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ — ٣٣ — ٢٠ ، ٢٦ يونيه ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٣٥٩ — ١٢١ .

(١٢٩) نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٣٠ المحاماة ١١ — ٨١٩ — ٤٢٢ ، ٢٩ مارس ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ١٠٩ — ٦٣ ، ٨ مايو ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٢٩ — ١٧ ، ٨ يناير ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ — ١٠٦٤ — ٤٥١ ، وانظر أيضا استئناف مصر ١٤ مارس ١٩٣٩ المحاماة ١٩ — ١١٤٦ — ٤٦٠ .

(١٣٠) نقض ٢٠ نوفمبر ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ — ٢٠ — ٩ .

على أساس المسئولية التعاقدية فى حين أن المدعى المدنى لم يبن طلبه الا على أساس المسئولية التقصيرية ، وقد قبلت محكمة النقض هذا الطعن ونقضت الحكم المطعون فيه وقضت برفض الدعوى المدنية ٠

وعندى أن المحكمة الاستئنافية اذا كانت قد خالفت القانون ، فليس ذلك لأنها استبدلت بالمسئولية التقصيرية مسئولية المستأنف عليه التعاقدية ، بل لأنها حكمت بالتعويض بناء على واقعة أخرى غير الواقعة التى نسبت الى المتهم أمام محكمة أول درجة ٠ فالوقائع المكونة للجريمة التى بنى عليها الاتهام والمكونة للفعل الضار الذى بنى عليه طلب التعويض والذى يعتبر سببا فى دعوى المسئولية المدنية هى وقائع السرقة والاختلاس ٠ أما الواقعة التى بنت عليها المحكمة الإستئنافية حكمها بالتعويض ، فهى اغفال تنظيم الدفاتر ومراقبة الكتاب الحسابيين٠ وهذه الواقعة ليست مغايرة للوقائع الأولى فى ذاتها فحسب ، بل أيضا فيما ترتب عليها من ضرر ، أى أنها تكون فعلا ضارا آخر غير الفعل الضار الذى رفعت بسببه الدعوى أمام محكمة أول درجة ، وبعبارة أخرى فان طلب التعويض بسبب اغفال تنظيم الدفاتر يعتبر سببا جديدا ما كان يجوز للمدعى المدنى أن يتقدم به لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ٠ ومن باب أولى لم يكن يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تتبرع من عندها للمدعى فتقضى له بالتعويض بناء على سبب جديد لم يتمسك به ولا سيما أن هذا السبب الجديد لا يكون جريمة جنائية ولا تختص به المحاكم الجنائية اطلاقا ٠ فالذى وقع اذن هو تأسيس الحكم بالتعويض على فعل ضار غير الفعل الضار الذى رفعت الدعوى بناء عليه ، لا مجرد تغيير تكييف الفعل الضار ذاته من مسئولية تقصيرية الى مسئولية تعاقدية ٠

ويلاحظ أن عبارات الطاعن التى بنى عليها طعنه يؤخذ منها أنه نعى على الحكم تغييره الأساس الذى انبنى عليه طلب التعويض (والأساس هو ذات الفعل الضار) ، لا تغييره نوع المسئولية كما اعتبرته محكمة النقض ٠ وأنه اذا كانت محكمة النقض قد أصابت من حيث الموضوع فى

نقضها الحكم المطعون فيه ورفضها الدعوى المدنية ، فان وضع المسألة بالشكل الذى وضعها به الطاعن — لا بالشكل الذى وضعتها به محـكمة النقض — هو الذى يؤدى الى النتيجة التى أخذت بها المحكمة •

لذلك يجوز لنا ألا نعول كثيرا على ما قررته محكمة النقض فى هذا الحكم من حيث اعتبار تغيير وصف المسئولية من تقصيرية الى تعاقدية تغييرا فى سبب المسئولية ، وألا نعتبر هذا الحكم مقررا لمبدأ عام بهـذا المعنى ، اذ أن الوقائع التى صدر بصـددها كان فيهـا فعـلان ضاران متميزان يقابل كلا منهما نوع من المسئولية ، فيمكن القول بأن الذى رأت المحكمة عدم جوازه هو قيام قاضى الموضوع من تلقاء نفسه بالاستناد الى فعل ضار غير الفعل الضار الذى استند اليه المدعى ، لا مجرد تطبيقه أحكام نوع من المسئولية غير أحكام النوع الذى تمسك به المدعى • ولا يمنع من هذا القول الا أن تؤكد المحكمة ما قررته فى هذه القضية فى قضية أخرى يكون فيها ذات الفعل الضـار أريد تغيير وصـفه من المسئولية التقصيرية الى المسئولية التعاقدية أو العكس • وهذا ما سنراه فى القضية التالية •

٢٨ — فى قضـية فريد بولص ضد شركة أوتوبيس قوص :

اتهمت النيـابة العمومية زاهر محمـد قطقاط بأنه تسبب برعونته واهماله فى قيادة الأمنيبوس اصابة فريد بولص أحد ركاب الأمنيبوس ، وادعى المجنى عليه بالحق المدنى قبل المتهم وقبل شركة السيارات باعتبار المتهم تابعا لها •

برأت محـكمة الجنح المتهم ورفضت الدعوى المدنيـة قبله وقبل الشركة لأنها لم تجد فى الحادث خطـأ على السائق ، بل ثبت لديهـا أن انقـلاب السيارة حصل بسبب اضـطرار السائق للانحراف الى طرف الجسر ، وان انهيار الجسر راجع الى قيام الفلاحين بحفره من أسفله دون أن يبدو فى أعلاه أثر ذلك • وقد تأيد هـذا الحكم فى الاستئناف ، فطعن فيه المدعى المدنى بأنه رفض الدعوى المدنية دون أن يبين أسباب

رفضها وبأنه كان يجب عليــه أن يقضى بالتعويض على شركة السيارات بناء على مسئوليتها التعاقدية •

وقد رفضت محكمة النقض الطعن وقالت عن هذا الوجه الأخير أن المحكمة ما كان يسوغ لها قانونا أن تقضى على أساس المسئولية التعاقدية مادامت الدعوى قد رفعت اليها على أساس المســئولية التقصيرية ، اذ ليس لها أن تتبرع من عندها فتبنى الدعوى على سبب غير الذى يرفعها به صاحبها • وظاهر أن لتقرير المحكمة ذلك فى هذه القضية قوة تزيد عما له من قوة فى القضية السابقة ، لأن الأمر متعلق هنــا بفعل ضار واحــد وبتغيير وصف المسئولية الناشئة عن هذا الفعل الواحد من تقصيرية الى تعاقدية •

ولكنا رأينا فيما تقدم من بحث أن وصف الفعل الضار الواحد بأنه يوجب مسئولية تقصيرية أو تعاقدية لا يغير فى سبب المسئولية ، وانما يعتبر مجرد تكييف قانونى للواقعة المعتبرة سببا فى المسئولية ، فتملكه المحكمة من تلقاء نفسها ، وبناء على ذلك ولأننا لا نأخذ بنظرية الخيرة بين المسئوليتين التقصيرية والتعــاقدية ، بل نعتقــد أن المسئولية فى هــذه القضية يتعين وصفها بأنها تعاقدية ، نرى أنه كــان يجب على كــل من محكمتى قوص وقنــا أن تنظرا فى حادث انقلاب السيارة واصابة الراكب من ذلك باعتباره اخلالا بالتزام تعــاقدى ، فتحكمان للمصاب بالتعويض دون حاجة الى اقامته الدليل على خطأ السائق ، وكان يتعين على محكمة النقض وقد أغفلت المحكمتان الموضوعيتان ذلك أن تقبــل الطعن وتلغى حكمهما •

هذا من الناحية القانونية ، أما من حيث الموضوع فان المحكمة قد أصابت الحل الصحيح ، ولم يكن أخذها بما نقول به ليغير فى الموضوع شيئا ، لأن المسئولية التعاقدية اذا كان يستغنى فيهــا عن اقامة الدليل على الخطأ التقصيرى ، فــانه من المسلم به أنه يجوز دفعهــا بالسبب الأجنبى ، وفى هذه القضية تعتبر واقعة حفر الفلاحين للجسر من أسفله سببا أجنبيا عن السائق يكفى لدفع مسئوليته الشخصية ولدفع مسئولية الشركة التعاقدية •

٢٩ — الخاتمة (*) : يخلص مما تقدم أني لا أرى رأى محـــكمة النقض فيما ذهبت اليه فى هذه الأحكام الثلاثة متعلقا بالتلازم بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى وباختلاف دعوى المسئولية التقصيرية عن دعوى المسئولية التعاقدية من حيث سببهما . بل أرى الصواب (أولا) فى القول بأن حكم البراءة المبنى على انتفاء الخطأ الجنائى لا يغلق باب البحث فى اعتبـــار ما وقع من المتهم خطأ مدنيـــا يســـتتبع الحـــكم بالتعويض و (ثانيا) فى القول بأن السبب فى دعوى التعويض هو الفعل الضار ، وأن وصف المسئولية بأنها تقصيرية أو تعاقدية لا يعدو أن يكون تكييفا قانونيا لهذا الفعل الضار ، فتملك المحكمة تعديله من تلقاء نفسها ، ويجوز للمدعى أن يعدله فى الاستئناف ، كما يجوز له أن يتمسك أمام محـــكمة النقض بخطأ محكمة الموضوع فى هذا التكييف ، فاذا أصبح الحكم نهائيا حاز حجية الشىء المحكوم فيه ، و (ثالثا) فى القول بأنه اذا كان الفعـــل الضار مكونا لجريمة جنائية ، فان تكييف المسئولية الناشئة منه على وجه معين لا يؤثر فى اختصاص المحاكم الجنائية بالدعوى المدنية اختصاصا وجوبيا فيما يتعلق بمحاكم الجنايات وجوازيا فيما يتعلق بمحاكم الجنح والمخالفات .

— ٣ —

تعليق على حكم آخـــر :

فى اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية :

نص القانون على جواز رفع الدعوى المدنية تبعا للدعوى العمومية أمام المحكمة الجنائية (المادتان ٥٢ تح و ٥٤ تح أهلى والمادة ٩ تح مختلط

(*) وقد اخذت محكمة النقض بعد ذلك بما انتهينا اليه فى هذه الخاتمة يراجع فى ذلك مؤلفنا فى اصول الاثبات واجرآءاته ، الطبعة الرابعة ج ٢ سنة ١٩٨٦ ص ٢٩١ وما بعدها .

جديد) • ومن المسلم أن المحكمة الجنائية لا تختص بالنظر فى الدعوى المدنيــة الا اذا توافر فى الفعل الــذى تنشأ عنه هــذه الدعوى شرطان أساسيان :

(١) أن يكون هذا الفعل جريمة جنائية •

(٢) وأن يكون الضرر المطلــوب تعويضه ناشــئا عن الجريمــة مباشرة (١٣١) •

والظاهر أن تطبيق هــذا الشرط الأخير يدق فى العمل كثيرا ، حتى أن محكمة النقض اضطرت الى التنبيــه اليه مرارا فى خــلال السنتين الأخيرتين ، وأصدرت أحكاما عدة قضت فيها بعــدم اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية بناء على أن هذه الدعوى ليست ناشئة مباشرة من الفعل المكون للجريمة ، وان كانت نتيجة لظرف آخر متصل بالواقعة موضوع المحاكمة •

لذلك أرى أنه لا يخلو من فائدة أن أعرض فيما يلى بعض الصور التى قضت فيها محكمة النقض بهذا المعنى :

اتهم شــخص بأنه اشترك مع آخر مجهــول فى ارتكاب تزوير فى ورقة رسمية هى ايصال تسلم خطاب مسجل مرسل من بنك مصر الى أحد عملائه وبأنه استعمل الايصال المزور بأن قــدمه ، مع علمه بتزويره ، لموزع البريد وتسلم بمقتضاه الخطاب المسجل ، وبأنه ارتكب تزويرا فى أوراق عرفية هى الشيكات المسحوبة على بنك مصر بأن جعلها صــادرة لأمره • وتدخل صاحب الخطاب المسجل فى الدعوى مدعيا بحقوق مدنية

---

(١٣١) جندى بك عبد الملك ، الموسوعة الجنائية جـ ٣ ص ٦٠٠ نبذة ٦ وما بعدها ، وبحثنا فى تكييف الفعل الضار واختصاص المحــاكم الجنــائية الدعاوى المدنية ، المنشور قبل هذا التعليق مباشرة .

طالبا الحكم له على البنك بالتضامن مع المتهم بقيمــة الشيكات ، وطلب البنــك رفض الدعوى ثم طلب اخراجه منها ، ولكن المحــكمة الجنائية حكمت بالعقوبة على المتهم وبالزامه مع البنك بأن يدفعا متضامنين المبلغ المطلوب والمصاريف المدنية ، وبنت قضاءها بذلك على خطأ البنك فى عدم التحقق من صحة الامضاءات الموقع بها على الشيكات قبل صرف قيمتها ، فطعن البنك فى هذا الحكم وبنى طعنه على انه طلب فى دفاعه أمام محكمة الجنايات اخراجه من الدعوى على اعتبار أنه لا شأن له فى الجرائم التى ارتكبها المتهم وانه لا محل لتوجيه الدعوى المدنيــة اليه أمام المحكمة الجنائية ولكنها أغفلت هذا الدفاع ولم ترد عليه • وقــد قبلت محــكمة النقض هذا الطعن بحكمها الصــادر فى ٣ أبريل ١٩٤٤ (المحاماة ٢٦ — ٧٤٠ — ٢٥٢)، وقررت فى شأنه « أن الأصل فى دعاوى الحقوق المدنية أن ترفع الى المحاكم المدنية ، وانما أباح القانون بصفة استثنائية رفعها الى المحكمة الجنائية متى كانت تابعــة للدعوى العمومية وكــان الحق المدعى به ناشئا عن ضرر حصــل للمدعى من الجريمــة المرفوعة عنهــا الدعوى العمومية • فاذا لم يكن الضرر ناشئا عن هذه الجريمة بل كان نتيجة لظرف آخر (كخطأ البنك فى عــدم التحقق من صحة الامضاءات الموقع بها على الشيكات) ولو كان متصلا بالجريمة ، سقطت تلك الاباحة وسقط معها اختصاص المحكمة الجنــائية بنظر دعوى الحق المدنى » •
وأضافت المحكمة الى ذلك ، ردا على وجه آخر من أوجه الطعن « أن عدم اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية عن تعويض ضرر ليس ناشئا عن الجريمة هو مما يتعلق بولايتها القضائية ، فهو اذن من صميم النظام العام ويجب على المحكمة أن تحكم به ولو من تلقاء نفسها ، ويجوز الدفع به فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام محكمة النقض » •

وفى صورة أخرى اتهم شخص بأنه سرق موتورا من البلدية وكان الموتور قد ضبط بعد أن باعه المتهم الى شخص آخر • فتدخل المشترى وادعى مدنيا ضد المتهم بالمبلغ الذى دفعه له ثمنا للموتور المسروق طالبا الحكم به عليه متضامنا مع المجلس البــلدى لأن المجــلس استولى على

الموتور دون أن يرد له الثمن الذى دفعه • وقضت محكمة أول درجة بعقوبة المتهم وبالزامه مع المجلس البلدى بالتضامن بدفع ثمن الآلة المسروقة الى المدعى المدنى • فاستأنف المجلس البلدى ودفع أمام محكمة ثان درجة بعدم اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية بناء على أن الضرر المطلوب تعويضه قد نشأ عن شراء المدعى المدنى الموتور من المتهم وأن هذا الشراء لا يدخل فى الجريمة التى يحاكم عليها المتهم ، وقد رفضت المحكمة الاستئنافية هذا الدفع بحجة أنه كان يجب ابداؤه أمام محكمة أول درجة لعدم تعلقه بالنظام العام • فطعن المجلس البلدى فى هذا الحكم ، وقررت محكمة النقض قبول الطعن بحكمها الصادر فى ٢٢ مايو ١٩٤٤ (المحاماة ٢٦ — ٨٣٦ — ٢٨٣) وبنت حكمها على الأسباب التى نقلناها عن حكمها السابق (حكم ٣ أبريل ١٩٤٤) (١٣١ مكرر) وأضافت اليها فى الموضوع « أنه لما كان الضرر الذى لحق المدعى بالحق المدنى وأسس عليه دعواه قد نشأ عن واقعة شرائه الآلة المسروقة ، وهى واقعة مستقلة عن جريمة السرقة التى ما كانت تؤدى بذاتها الى هذا الضرر ، فان المحاكم الجنائية لا تكون مختصة بنظر هذه الدعوى بل يجب رفعها أمام المحاكم المدنية » •

وفى صورة ثالثة تنازع فريقان على ملكية منزل كان فى حيازة أحدهما ، وحكم بالملكية وبالتسليم لصالح الفريق غير الحائز ، ونفذ هذا الحكم بمحضر تسليم ، ولكن لم يتم اخراج المحكوم ضدهم من المنزل ، فظلوا شاغلين له ، الى أن تقدم مستأجر من الفريق المحكوم لصالحه يريد شغل المنزل والانتفاع به ، فتعرض له المحكوم ضدهم ومنعوهم من دخول المنزل فرفعت عليهم الدعوى العمومية بسبب هذا التعرض وعوقبوا عليه ، ولكنهم ظلوا شاغلين المنزل • وبعد أربع سنين من ذلك أجر الفريق المحكوم لصالحه المنزل الى مستأجر آخر ، وحاول المستأجر الجديد دخول المنزل فمنعه شاغلوه بالقوة ، فرفعت عليهم الدعوى العمومية بالمادة ٣٧٠ ع • بتهمة الدخول فى منزل مسكون أو معد

(١٣١ مكرر) انظر الصفحة السابقة .

للسكنى فى حيازة شخص آخر والبقاء فيه بقصـــد منع حيازته بالقوة . وادعى الفريق المحكوم له بالملكيـــة والتدليم مدنيا وطلب الزام المتهمين متضامنين بمبلغ ٢٥ جنيها بصفة تعويض مقابل ما ناله من ضرر ناشىء عن عدم الانتفاع بالمنزل المذكور وعن تعرض المتهمين له فى هذا المنزل بدون وجه حق ، فقضت المحكمة الجنـــائية بعقـــوبة المتهمين وبالزامهم متضامنين بالتعويض المطلوب . ثم طعن المحكوم عليهم فى هذا الحكم ، وقبلت محكمة النقض هذا الطعن بحكمها الصـــادر فى ٢٠ مارس ١٩٤٤ (المحاماة ٢٦ — ٥٧٣ — ٢١٦) وقضت ببراءة الطاعنين بناء على أن المدعى بالحقوق المدنية ، بعد أن قضى على الطاعنين بالعقوبة فى واقعة التعرض الأولى ، قد تركهم مقيمين بالمنزل موضوع النزاع ، فظلوا يشغلونه الى أن ذهب من استأجره فى المرة الثـــانية للسكن فيـــه فمنعوه ، فلا تصح معاقبتهم على أساس أنهم دخلوا منزلا فى حيازة المدعى بالحقوق المدنية لأن تركه لهم مقيمين به وسكوته على ذاك أكثـــر من ثلاث سنين يعتبـــر تخليا منه عن الحيازة التى حصلت له عند تنفيذ حكم الاخلاء .

وفيما يتعلق بالدعوى المدنية قالت محكمة النقض ان الضرر الذى أشار اليه الحكم المطعون فيه وجعله أساسا للقضاء بالتعويض لم يكن ناشئا عن واقعة التعرض المرفوعة بها الدعوى ، بل كان أساسه عـــدم انتفاع المدعى بالحق المدنى بالمنـــزل موضوع النزاع فى مدة ســـابقة . وهذا الأمر مهما كان اتصاله بالجريمة المرفوعة بها الدعوى فهو خارج عن موضوع هذه الجريمة ، ولا يجوز أن يكون الضرر الناشىء عنه أساسا لدعوى مدنية أمام المحاكم الجنائية ، ومن ثم يتعين الحكم بعدم قبول هذه الدعوى والمدعى بالحق المدنى وشأنه فى المطالبة بحقه أمام المحكمة المدنية .

وظاهر أن الضرر المطلوب تعويضه فى هذه الصورة الأخيرة نشأ عن وقائع سابقة على الوقائع التى رفعت بها الدعوى العمومية ، فضلا عن أنه ثبت للمحكمة أن هذه الوقائع الأخيرة لا تكون جريمة ، ولذلك كـــان عدم اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية واضحا .

أما فى الصورتين السابقتين ، فالأمر على العكس من ذلك اذ يمكن القول بأن علاقة السببية متوافرة بين الضرر المطلوب تعويضه والجريمة التى رفعت بهـا الدعوى العمومية ، لأن الضرر ما كان يقع فى الصورة الأولى لولا أن المتهم زور ايصال البـريد والشيكات التى استعملها فى صرف المبلغ من البنـك ، ولا فى الصورة الثـانية لولا أن المتهم سرق الموتور الذى باعه الى المدعى المدنى ، ولكن محكمة النقض لا تكتفى بهذا النوع من السببية المبنى على نظـرية تعادل الأسباب ، بل تشـترط أن يكون الفعـل المكون للجريمـة هو السبب المبـاشر للضرر المطـلوب تعويضه (١٣٢) • أما اذا كان السبب المباشر لهذا الضرر فعلا آخر ، ولو كان هذا الفعل وحده غير كاف لاحداث الضرر لولا وقوع الفعل المكون للجريمة ، فان المحكمة الجنائية لا تكون مختصة بالدعوى المدنية سواء أكان الفعل الذى يعتبر سببا مباشرا فعلا صادرا من المتهم نفسه (كبيع الموتور المسروق) أم كان صادرا من شخص آخر يراد اعتباره مسئولا مدنيا (كخطأ البنك فى التحقق من صحة التوقيع على الشيكات) •

— ٤ —

المطـالبة بالتعويض على أسـاس المسـئولية التقصيرية تختلف من حيث السبب عن المطالبة به على أساس المسئولية التعاقدية :

هذا حكم آخر أصدرته محكمة النقض بتـاريخ ٣١ مـايو ١٩٤٣ (المحاماة ٢٦ — ٨١ — ٣٧) أضاف الى ثلاثة الأحكام السـابقة التى أصدرتها فيما بين أول فبراير و ٨ مارس ١٩٤٣ والتى علقنا عليهـا فى حينها (راجع ما تقدم فى ص ٩٢ وما بعدها) •

وقع تزوير واختلاس فى فرع أحـد البنوك ، حيث كـان الموظف المكلف بتسلم الغلال من عملاء البنك لحفظها بشونته قد استعان بأحـد

---

(١٣٢) راجع فى النظريات المختلفة فى السببية ، العميـد القللى بك فى المسئولية الجنائية ص ٢٨ وما بعدها ، سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٩ وما بعدها .

خفراء الشونة فى عملية الاستلام والوزن واقتصر هو على أن يدون فى سجلات البنك البيانات التى يعطيها له الخفير عن هذه العمليات ، فجرى الخفير على اعطاء الموظف بيـــانات كاذبة عن مقـــادير تزيد على ما كان يتسلمه فعلا من العملاء ، وصرف قيمة تلك المقادير الزائدة لنفسه بنـــاء على ايصالات الاستلام التى كان يحررها الموظف المختص بالاستلام ، فرفعت الدعوى العموميـــة على الموظف والخفير ، وادعى البنك مدنيـــا قبلهما معا • والمحكمة الجنائية تحققت من أن الموظف كان حسن النيـــة وأن كل ما ينسب اليه من خطأ فى هذا الموضوع أنه قصر فى أداء واجباته المفروضة عليه بموجب عقد استخدامه حيث وكل الى غيره القيام ببعض العمليات المنوطة به ، فبـــرأته ورفضت الدعوى المدنية الموجهـــة اليه ، وقضت بعقوبة الخفير وبالزامه بالتعويض •

طعن البنك فى هذا الحكم بأن المحكمة أخطأت فى تطبيق القانون اذ بنت على براءة الموظف رفض الدعوى المدنيـــة قبـــله ، مع ثبوت وقوع اهمال كبير منه لولاه لمـــا وقع التزوير ، واذ قالت بعـــدم الارتباط بين الجريمة وبين هذا الاهمال دون أن تبين أسبابا لذلك ، وكان يجب عليها اذا صح نظرها أن تحكم بعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية لا برفضها كما فعلت •

وقد رفضت محكمة النقض هـــذا الطعن واستندت فى ذلك الى أن الدعوى المدنية رفعت من الطـــاعن أمام المحكمة الجنائية وفصلت فيها المحكمة على أساس الضرر الذى لحقه من الجرائم التى وقعت أى على أساس مساءلة المدعى عليهم بمقتضى أحكام المسئولية التقصيرية ، وأن المحكمة حين انتهت الى أن أحد المتهمين هو وحـــده الذى قارف الجريمة وأن المتهم الآخر لم يقع منه سوى تقصير فى الواجبات التى يفرضهـــا عليه العقد المبرم بينه وبين المدعى بالحقوق المدنية ، كان متعينا عليها أن لا تقضى بالتعويض الا على من ثبتت عليه الجريمة لأن حكمها على المتهم الذى خالف شروط العقد لا يكون الا على أساس المسئولية التعاقدية أى بناء على سبب آخر غير السبب المرفوعة به الدعوى أمامهـــا ، وهذا لا

يجوز فى القانون ••• وأما القول بأن المحكمة كان يجب عليها — وقد صدق النظر الذى ارتأته — أن تحكم بعدم الاختصاص فى الدعوى المدنية بالنسبة للمتهم المذكور ، فمردود بأنه مادامت الدعوى قد رفضت على أساس المسئولية التقصيرية ، فان ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية وليس من شأنه أن يمنعه من أن يرفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسئولية التعاقدية ، واذن فان القضاء برفضها يكون صحيحا •

ويظهر من حيثيات هذا الحكم أن المحكمة اعتبرت دعوى تعويض الضرر المبنية على أساس الخطأ التعاقدى مختلفة من حيث السبب عن دعوى تعويض ذات الضرر على أساس المسئولية التقصيرية ، وانها بنت على ذلك نتيجتين من النتائج التى سبق أن أشرنا الى ترتبها على نظرية المحاكم فى تعدد السبب فى دعاوى المسئولية (راجع هذه النتائج ونقدنا لها فيما تقوم فى ص ١٢٥ وما بعدها) : الأولى أنه لا يجوز للمحكمة المرفوعة أمامها دعوى تعويض على أساس المسئولية التقصيرية أن تحكم فيها بالتعويض على أساس المسئولية التعاقدية . والثانية أن رفض دعوى التعويض على أساس المسئولية التقصيرية لا يمنع من رفع دعوى جديدة على أساس المسئولية التعاقدية ، أى أن الحكم الذى يصدر فى دعوى التعويض المبنية على المسئولية التقصيرية لا تكون له حجية الشىء المحكوم فيه بالنسبة الى دعوى تعويض أخرى ترفع عن الضرر ذاته على أساس المسئولية التعاقدية •

والجديد فى الحكم محل هذا التعليق انما هو تطبيق هذه النتيجة الأخيرة • أما النتيجة الأولى فقد سبق أن طبقتها الأحكام الثلاثة التى أشرنا اليها ، ونحن قد فندنا نظرية المحاكم فى تعدد السبب فى دعاوى المسئولية ونقدنا جميع النتائج التى تترتب عليها • وأهم اعتراض يوجه الى هذا التطبيق الجديد لنظرية المحاكم أنه اذا كان الحكم القاضى برفض التعويض فى دعوى المسئولية التقصيرية لا تثبت له حجية الشىء

المحكوم فيه بالنسبة الى دعوى التعويض عن الضرر ذاته على أساس المسئولية التعاقدية ، فما الذى يمنع المدعى من انكار هذه الحجية حتى بالنسبة الى الحكم الذى قضى له فى الدعوى الأولى بالتعويض ليتمكن من الحصول فى الدعوى الثانية على حكم آخر بالتعويض ويحصل بذلك على تعويض مضاعف عن الضرر الواحد فيكون الضرر الذى أصابه سببا لاثرائه على حساب الغير ؟

— ٥ —

تعليق على حكم نقض جنائى صادر فى ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ فى الطعن رقم ١١١٩ سنة ٢٠ ق بشأن تعيين السبب فى دعوى المسئولية المدنية (*) :

المبدأ القانونى — متى رفعت الدعوى المدنية الى المحكمة على أساس مساءلة من رفعت عليه عن فعله الشخصى فلا يجوز لها أن تغير سبب الدعوى وتحكم من تلقاء نفسها بمساءلته عن فعل تابعه ، والا فانها تكون قد خالفت القانون .

تعليق : يثير هذا الحكم مسألة السبب فى دعوى المسئولية : وهى مسألة طال اختلاف الفقه والقضاء الفرنسيين والمصريين فى شأنها . فقد أجازت غالبية المحاكم النظر فى دعوى التعويض على أساس المسئولية المفترضة أو المسئولية العقدية بعد أن تكون المحكمة الجنائية قد برأت المدعى عليه ورفضت الزامه بالتعويض على أساس المسئولية الشخصية المبنية على خطأ ثابت ، وعللت قضاءها بذلك بأن السبب فى دعوى المسئولية هو النص القانونى الذى يستند اليه المدعى فى المطالبة بحقه فى التعويض فاذا بنى المدعى دعواه على نص معين كالمادة ١٥١ مدنى قديم فرفضت ، ثم رفع دعوى جديدة عن ذات الضرر استنادا الى نص آخر كالمادة ١٥٣ مدنى قديم كانت دعواه الجديدة جائزة القبول

(*) منشور فى مجلة التشريع والقضاء (دار النشر للجامعات المصرية) السنة الرابعة ص ١٤٩ من قضاء النقض الجنائى .

باعتبار أن سببها مغاير لسبب الدعوى الأولى (نقض فرنسى عرائض ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٢٢٤ ، مدنى ٤ يناير ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ — ١٢٩ ، مدنى ٢٩ أكتوبر ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ٢ — ٩٦٠ ، مدنى ١٦ مارس ١٩٣٧ غازيت القضاء ١٩٣٨ — ٢ — ٣٥ ، نقض مصرى جنائى ٢٣ أبريل ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٢٦٣ — ١٤٣ ، مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٧٦١ — ٢٩٤ ، أول فبراير ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ — ٤٨٠ — ١٦١ ، أول مارس ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ — ٤٩ — ٢٦) •

وقد رتبت المحاكم على ذلك عدة نتائج أخرى منها (أولا) أن المحكمة لا تملك من تلقاء نفسها أن تغير سبب المسئولية وأن تحكم للمدعى بالتعويض على أساس آخر غير الذى بنى عليه دعواه • و (ثانيا) أن المدعى بالتعويض لا يجوز له أن يغير أساس دعواه أمام محكمة ثانى درجة لأن ذلك يعتبر طلبا جديدا مما لا يجوز التمسك به لأول مرة فى الاستئناف • و (ثالثا) أن المصاب اذا طالب بالتعويض أمام المحكمة المدنية على أساس المسئولية العقدية أو أى نوع آخر من أنواع المسئولية المفترضة ، فان قاعدة Una electa via non datur recursus ad alteram لا تحول دون استعمال حقه فى رفع دعوى الجنحة المباشرة والادعاء مدنيا أمام المحاكم الجنائية بناء على الخطأ الشخصى الثابت ، لأن هذه القاعدة لا تنطبق الا اذا كانت الدعوى المرفوعة الى المحاكم المدنية مبنية على هذا الخطأ ذاته •

وقد هالت هذه النتائج كثرة الشراح وبخاصة لأنها تهدم فى دعاوى المسئولية حجية الأمر المقضى وتسمح بتجدد المنازعات فيها الى أبعد حد ، فدفعتهم الى نقد النظرية من أساسها والى البحث فى تعيين ما يعتبر سببا فى دعوى المسئولية ، وخلصوا من ذلك الى أن السبب هو الفعل الضار ذاته أيا كان التكييف القانونى لهذا الفعل أو النص الذى بنى عليه المدعى دعواه ، وقالوا ان حق المصاب فى التعويض ينشأ من الفعل

الضار ، فيكفى أن يبنى المدعى دعواه على هذا الفعل ويتعين على المحكمة أن تكيف هذا الفعل وأن تعين النص القانونى الذى ينطبق عليه ولو كان المدعى لم يعينه أو أخطأ فى تعيينه • وبناء على ذلك يكون المحكمة أن تغير الأساس القانونى الذى بنى عليه المدعى دعواه دون أن يعتبر ذلك تغييرا لسبب المسئولية أو فصلا فى دعوى مغايرة للدعوى التى رفعها المدعى ، بل ان ذلك يعتبر واجبا على المحكمة لانها هى المكلفة تطبيق القانون على الوقائع ، فاذا لم تفعل كان حكمهـا قابلا الطعن فيـه للخطأ فى تطبيق القانون • أما ان فعلت ، كان حكمها صحيحا وحاز حجية الأمر المقضى ولم يجز للمدعى بعد ذلك أن يرفع عن ذلك الفعل الضار دعوى جديدة على أساس نص آخر أو تكييف آخر غير النص أو التكييف اللذين أخذت بهما المحكمة فى المرة الأولى (أنظر فى هذا المعنى بحثنا فى تكييف الفعل الضار فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ١٨٥ وما بعـدها • والمراجع العديدة المشار اليها فيه) (*) •

غير أن هذا الرأى مع وجاهته يرد عليه تحفظ فيما يتعلق بمسئولية المتبوع عن فعل تابعه ، فان هـذه المسئولية ليس سببهـا فعل التـابع فحسب ، بل خضوع التابع لرقابة المتبوع ونص القـانون على اعتبار ذلك سببا لمسـئولية المتبوع عن فعل تابعـه ، فيمكن القول ان دعوى المسئولية التى ترفع على أساس الفعل الضار وحده تختلف فى سببها عن الدعوى التى ترفع على المتبوع تأسيسا على ما له من سلطة الرقابة على تابعه (١٣٢ مكرر) •

ويلاحظ أن هذه الصورة هى التى كانت معروضة على المحـكمة فى الحكم محل هـذا التعليق ، والتى قررت فى شأنهـا أنه « متى رفعت الدعوى المدنية الى المحكمة على أساس مساءلة من رفعت عليه الدعوى عن فعله الشخصى ، فلا يجوز لها أن تغير سبب الدعوى وتحكم من تلقاء نفسها بمساءلته عن فعل تابعه ، وان فعلت كان حكمها مخالفا القـانون

(*) منشور فيما تقوم فى ص ٩٠ وما بعدها •

(١٣٢ مكرر) راجع ما تقدم فى ص ١٣٧ و ص ١٤١ هامش ٩٨ •

متعينا نقضه والحكم برفض الدعوى كما كانت موجهة الى الطاعن عن فعله الشخصى والمدعون بالحق المدنى وشأنهم فى رفع دعوى بطلبـــاتهم الجديدة أمام المحكمة المدنية » •

وظاهر أن هذا الحكم يستقيم مع قضاء المحـــاكم الذى قام على نظرية تعدد السبب فى دعاوى المسئولية . كما يستقيم مع رأى الفقـــه الذى يأخذ بنظرية وحـــدة السبب فى دعاوى المسئولية ويستثنى منهـــا مسئولية المتبوع فيعتبر لها سببا خاصـــا غير الفعل الضار الذ ى يعتبر سببا لجميع انواع المسئولية الأخرى (*) •

— ٦ —

تعليق على حكم نقض جنـــائى بشأن اختصاص المحكمة الجنائية بدعوى التعويض عن الاخلال بالعقد (**) :

المبـــدأ القـــانونى — ان المحـــكمة الجنائية لا تختص بالحـــكم فى التعويضات المدنية الا اذا كانت ناشئة عن الفعل الخاطىء المرفوعة به الدعوى باعتباره مكونا لجريمة • واذن فاذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد برأت المتهم من التهمـــة المسندة اليه والتى رفعت الدعوى المدنيـــة بالتبعية لها ، ورفضت الدعوى المدنية على أساس أن الموضوع لا جريمة فيه ، ثم جاءت محكمة الدرجة الثانية فحكمت على هذا المتهم بالتعويض على أساس الاخلال بالتعاقد الذى قالت بحصوله فانها تكون قد قضت

(*) يراجع فى ذلك مؤلفنا فى أصول الاثبات واجراءاته ط ٤ ج ٢ سنة ١٩٨٦ ص ٢٤٨ وما بعدها ، وما تقدم فى ص ١٣٧ و ص ١٤١ هامش ٩٨ .

(**) نقض جنائى ٢٧ نوفمبر ١٩٥٠ فى الطعن رقم ١١٠١ سنة ٢٠ ق منشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة الرابعة ص ١٩٢ من قسم القضاء الذى يلى قسم قضاء النقض (الدائرة الجنائية) .

فى أمر هو من اختصاص المحـاكم المدنية وحـدها ولا شأن للمحـاكم الجنائية به » •

تعليـق : تتلخص وقائع هـذه الدعوى فى أن المدعية اشترت من المدعى عليهما عقارا اتضح أنه موقوف فرفعت عليهما جنحة مباشرة متهمة اياهما بالاحتيال عليها والاستيلاء على الثمن منهـا وطلبت الزامهما برد الثمن اليها مع التعويض • وقد برأت محكمة الجنح المتهمين استنادا الى أنهما لم يخدعا المشترية فى حقيقة العقار المبيع ورفضت الدعوى المدنيـة باعتبار أن الموضوع نزاع لا جريمة فيـه • فاستأنفت المشترية هـذا الحكم طالبة الزام البائعين برد الثمن مع التعويض • وأجابت المحـكمة الاستئنافية طلبها بناء على ما ثبت لديها من اشتغال ذمة البائعين بالثمن الذى قبضاه ومن تقصيرهما فى وفاء ما تعهدا به من ابطـال وقف العين المبيعة • فطعن أحد المدعى عليهما فى هذا الحكم بطريق النقض بمقولة ان الحكم قد ألزمه برد الثمن مع التعويض بناء على اشتغال ذمته بالثمن وعلى تقصيره فى ابطال الوقف فى حين أن الثابت من الأوراق أنه لم يكن طرفا فى عقد البيع المذكور ولم يستلم شيئا من الثمن •

ولكن محكمة النقض لم تبحث هذا السبب الذى بنى عليه الطعن ، وأثارت من تلقاء نفسها سببا آخر نقضت من أجله الحكم المطعون فيه ؛ ذلك السبب هو عدم اختصاص المحكمة الجنائية بالحكم فى الطلبات على أساس المسئولية العقدية . فقالت فى ذلك ان المحكمة الجنائية لا تختص بالحكم فى الدعوى المدنية الا اذا كانت ناشئة ••••••

أما من حيث المبدأ ، فان المـادتين ١٤٧ و ١٧٢ من قانون تحقيـق الجنايات الأهلى قد جعلتا لمحاكم المخالفات ومحاكم الجنح عند القضاء بالبراءة اختصاصا جوازيا فى الفصل فى الدعوى المدنية ، أى أنهما جعلتا الحكم فى طلب التعويض اختياريا للمحكمة ان شاءت أتته ، وان شاءت تركتـه مع حفظ حق المجنى عليه فى رفع دعواه الى المحـكمة المدنيـة (القللى بك فى شرح تحقيق الجنايات ص ١٣٤) •

ويعلل هذا الاختصاص برغبة المشرع فى الافادة من التحقيقات الجنائية حتى فى حال البراءة • أما الخوف من قيام المضرور بتصوير جرائم جنائية لا أساس لها تذرعا لجعل المحاكم الجنائية مختصة بدعواه المدنية ، فتدرؤه سلطة هذه المحاكم فى التخلى عن هذه الدعوى اذا رأت أن التهمة المرفوعة بها الدعوى ظاهرة البطلان (جندى بك عبد الملك ص ٦٧٤) •

ومن المسلم أن حكم البراءة فى جرائم العمد لا يمنع المحاكم المدنية من الحكم بالتعويض عند ثبوت خطأ غير عمدى • واذا كانت المحاكم قد خالفت الفقه فيما يتعلق بجرائم الاهمال فجرت على أن الحكم بالبراءة فى هذه الجرائم لا محل معه للحكم بالتعويض الذى يبنى على أساس الخطأ الثابت ، فانها قد سلمت بأنه لا يمنع من الحكم بالتعويض على أساس الخطأ المفترض أو على أساس المسئولية العقدية (أنظر نقض جنائى ٢٣ أبريل ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٢٦٣ — ١٤٣ ، مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٧٦١ — ٢٩٤ ، مدنى ٣١ مايو ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ — ٨١ — ٣٧ ، والأحكام الأخرى المشار اليها فى كتابنا أصول الاثبات فى المواد المدنية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ ص ٣٣٠ هامش ٢) (*) •

ومادام المشرع قد جعل للمحاكم الجنائية — حتى فى حالة الحكم بالبراءة — اختصاصا فى الفصل فى تعويض الضرر الناشىء عن الفعل الذى رفعت به الدعوى الجنائية ، فان هذا الاختصاص يثبت لها أيا كان التكييف القانونى لهذا الفعل الذى يعتبر السبب فى دعوى المسئولية ؛ ولا يجوز أن يؤثر فى هذا الاختصاص وصف المسئولية الناشئة عن هذا الفعل بأنها مسئولية تقصيرية أو عقدية أو بأنها مبنية على الخطأ الثابت أو على الخطأ المفترض (فى هذا المعنى هنرى وليون مازو نبذة ١٨٥٧ ونبذة ٢٠٣١ ، وهنرى مازو فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٩

(*) انظر فيما استجد بعد ذلك مؤلفنا فى اصول الاثبات واجراءات الطبعة الرابعة جـ ٢ سنة ١٩٨٦ نبذة ٣٢٠ ص ٢٨٨ وما بعدها •

ص ٦٦٤ نبذة ١٥٧ ، وبحثنا فى تكييف الفعل الضــار ، مجلة القــانون والاقتصاد ١٥ ص ٢٤٣) المنشور فيما تقدم فى ص ٩٠ وما بعدها •

غير أن القانون لا يلزم محكمة الجنح بذلك ، بل يترك لها التقدير ، فاذا هى رأت أن تفصل فى التعويض عن الفعل الذى رفعت به الدعوى الجنائية أيا كان تكييفها لهذا الفعل ، فلا نعتبر فى رأيى مجاوزة فى ذلك حدود اختصاصها ، ولم يكن حكمها يستوجب النقض لعدم الاختصاص •

وبالتالى كان يجدر بمحكمة النقض ألا تثير هذا السبب من أسباب النقض من تلقاء نفسها ، وكان يتعين عليها أن تنظر فى السبب الذى تمسك به الطاعن وهو مخالفة الحكم فيه لقواعد الاثبات وللثــابت من أوراق الدعوى •

— ٧ —

تعليق على حكم استئناف مصر بتــاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٣٨ بشأن الترتيب الواجب اتباعه فى اثبات كل من ركنى الخطأ والضرر (*) :

أى ترتيب يجــب مراعــاته فى اثبــات كل من الخطأ والضرر فى المسئولية التقصيرية ؟

أركان المسئولية التقصيرية الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهمــا ويقع على المدعى بالمسئولية عبء اثبات هذه الأركان الثلاثة طبقا للقواعد العامة • والغالب أن يقيم المدعى الدليل على توافر هذه الأركان الثلاثة دفعــة واحــدة ، أو أن لا تكون هنــاك على الأقــل مصلحة ظــاهرة فى تحتيم ترتيب معين يجب مراعاته فى اثبات هــذه الأركان الثــلاثة

(*) منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة عشرة عــدد مايو ١٩٤٣ •

على التعاقب • ولكن من الممكن تصور وجود مثل هــذه المصلحة ، كما فى المثل الآتى :

وقع لسائق سيارة خصوصية حادث تصادم أودى بحياته ، فطالب والد هذا السائق مالك السيارة بالتعويض ، وبنى طلبه على أن السيارة التى كان يقودها ولده كان بها خلل فى عجلة القيادة وفى الفرامل وكــان هذا الخلل سببا فى عدم تمكن ولــده من ضبط قيادتها وتوجيهها حيث يريد ، وطلب من المحــكمة أن تحيل الــدعوى الى التحقيق وترخص له باثبات وجود العيب سالف الذكر وقت حصول الحادثة التى سببت وفاة ولده ، وأجابته المحكمة الى طلبه بحكم تمهيدى •

استأنف المدعى عليه هذا الحكم التمهيدى ومن بين الأسباب التى بنى عليها هذا الاستئناف أن المــدعى لم يثبت أن وفاة ولده ألحقت به ضررا ماديا أو معنويا مما يصح أن يكون أساسا للتضمينات القانونية ، فلم يكن يجوز للمحكمة أن تحيل الدعوى الى التحقيق لتمكين المدعى من اثبات الخطأ ، مادام ركن الضرر لم يقم عليه دليل بعد•فنظرية المستأنف فى ذلك أن الاثبات يجب أن يبــدأ بركن الضرر أولا ، ونظرية الحــكم التمهيدى والمستأنف عليه أن الاثبات يجب أو على الأقل يجوز أن يبدأ بركن الخطأ •

وقد فصلت محكمة استئناف مصر فى هــذا الخــلاف بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٣٨ (المحاماة ٢٠ — ٤٥٥ — ١٦٩) بأن قررت أن البحث فى الضرر الناشىء عن الخطأ لا يكون الا بعد اثبات الخطأ نفسه أو بعــد التسليم به ممن نسب اليه ، وقضت برفض الاستئناف وتأييد الحــكم الابتدائى بعد أن ثبت لديها أن المستأنف نفسه لا ينازع فى أن التحقيق هو طريق الاثبات الوحيد لما يدعيه المستأنف عليه •

ونحن لا يسعنا الا أن نخالف محكمة الاستئناف فيما ذهبت اليــه من وجوب البدء باثبــات ركن الخطأ قبــل ركن الضرر ذلك أن دعــوى

المسئولية المدنية ان هى الا دعوى مطالبة بتعويض عن ضرر ، فأول مـا يكلف رافعها اثباته انما هو الضرر الذى يشكو منه والذى يطلب تعويضه لأنه ما لم يثبت الضرر لا يكون له مصلحة فى رفع الدعوى ولا فى طلب الاحالة على التحقيق ولو لتمكينه من اثبات ركن الخطأ . ونعتقـد أن المستأنف قد أصاب حين بنى استئنافه على ذلك وأن المحكمة قد جانبت الصواب فيما قررته .

على أنه يجب علينا المبادرة الى التنويه بأن بقية أسباب الحـكم لم تخل ممـا يبرر من الناحية الموضوعية على الأقل رفض الاسـتئناف وتأييد الحكم التمهيدى .

ذلك أن المحكمة بعـد أن قررت المبـدأ الذى انتقدناه تشككت فى صحته أو على الأقل فى كفايته فقالت « وحيث أنه فضلا عن ذلك ، فانه مما لا يقبل عقلا أن وفاة ولد فى ريعان الشباب لا تحدث ضررا ماديا ولا معنويا لوالده الشيخ الفانى » . وظاهر أنها بهذه الحيثية استعانت بالقرائن القضائية لاعتبار ركن الضرر ثابتا ولتبرير الاحالة على التحقيق لاثبات ركن الخطأ ويخيل الينا أنه لولا ذلك ما استراحت الى رفض الاستئناف وتأييد الحكم التمهيدى (*) .

— ٨ —

عدم مسئولية الموكل عن تجاوز الوكيل حدود توكيله (**) — من المبادىء المسلم بهـا أن النائب اذا جاوز حـدود نيابته فقـد صفة

(*) يراجع فى ذلك دروسنا لطلبة الدكتوراه فى المسـئولية المدنيـة س ١٩٥٣ و س ١٩٥٤ نبذة ٥٥ ص ٩٣ ، ومؤلفنا فى المسئولية (المدنية) فى تقنينات البلاد العربية سنة ١٩٧١ نبذة ٦٢ ص ١٢٨ و ص ١٣٠ والاحكام المشار اليها فى هذا المرجع الاخير ص ١٢٨ هامش ١ .

(**) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السـابعة فبراير ١٩٣٧ ، ص ٣٤٧ .

النيابة ، فلا ينتج العمل الذى قام به أثره القانونى بالنسبة للأصيل ، بل يعتبر هذا أجنبيا عنه (السنهورى بك فى نظرية العقد ص ٢١٦ نبذة ٢٠٨) ، وأنه اذا تعدد الوكلاء فى عمل واحد بتوكيل واحد ولم يصرح لأحدهم بانفراده فى العمل فلا يجوز له ذلك (المادة ٥١٩/٦٣٥ مدنى) الا اذا كان ما يريد الوكيل مباشرته مما لا يحتاج فيه الى الرأى كايفاء الدين ، أو كان مما لا يمكن اجتماع الوكلاء عليه كالخصومة (محمد كامل مرسى بك فى العقود المدنية الصغيرة ص ٣٠٣ نبذة ٤٦٩) ، وبالأولى لا يجوز الانفراد لأحد من الوكلاء اذا حظر عليهم ذلك بنص صريح فى سند الانابة .

وبناء على ذلك حكمت محكمة النقض المصرية فى ١٤ مايو ١٩٣٦ بأنه اذا كانت ورقة الاتفاق التى بمقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراسا على أعيان وقف قد حظر فيها عليهم أن ينفرد أحدهم بأى عمل والا كان باطلا ، ثم أجر أحدهم وحده هذه الأرض ، فان عقد الايجار فى هذه الحالة لا يلزم الوقف ، ولو كان المستأجر حسن النية ؛ لأن النائب خرج بهذا التعاقد عن حدود نيابته ، ولأنه كان يجب على من تعاقد معه أن يتحرى صفة نيابته وحدودها فاذا قصر فعليه تبعة تقصيره (المحاماة ١٧ — ١٧٠ — ٨٠) .

ولا غبار على حكم النقض فيما قضى به ، غير أننا نلاحظ أنه اذا كان الحارس المنفرد بالايجار قد جرى على مثل ذلك مدة طويلة فى عقود متعددة ، ونفذت تلك العقود بغير أن يطعن فيها أحد ، فان المستأجر حسن النية يلتمس له العذر اذا لم يتحر صفة النائب وحدود نيابته ، فيسرى العقد على الأصيل ، لأنه هو المقصر فى عدم معارضته فى انفراد هذا الحارس بالعمل فى بادىء الأمر ، وقد حكمت المحاكم الفرنسية بمثل ذلك (أنظر السنهورى بك فى نظرية العقد ص ٢١٦ نبذة ٢٠٨ هامش ٢) . واذا كان العقد غير ملزم للأصيل ، فانه كذلك لا يلزم النائب (الا اذا كان القانون ينص على ذلك كما هو شأن المادة ١٧٩ من

القانون المدنى الألمانى) • ولكن النائب يجوز أن يسأل عن نتيجة عمله مسئولية تقصيرية ، وفى هذه الحالة قد تتناول المسئولية موكله أيضا ، اذا توافرت بينه وبين نائبه علاقة السيد بتابعه (السنهورى بك فى نظرية العقد ص ٢٢٦ نبذة ٢١٩) ، ويجوز حينئذ الأصيل أن يدفع عن نفسه هذه المسئولية بما يجوز للنائب دفعهـا به عن نفسه (سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٢٢) • فاذا كان المستأجر قد قصر فى تحرى صفة نيابة الحارس المؤجـر وحدودها ، أمكن هـذا أن يتمسك بتقصير المستأجر فى ذلك ، فتوزع المسئولية بينهما وفقا لقواعد الخطأ المشـترك ، ويستفيد الأصيل من ذلك أنه لا يسأل الا بمقـدار نصيب النائب فى المسئولية المشتركة •

ولكن أيمكن القول بأن الحارس يعتبر تابعا لجهة الوقف أو ناظريه أو دائنيه ؟ لا شك فى عدم امكان ذلك ، وفى أن حـكم النقض لا غبـار عليه فيما قضى به من جميع الوجـوه • غير أنه يجب التحرز من تعميم المبدأ الذى قرره لأنه لا ينطبق على كثير من الحالات كمـا رأينا ، اذ يصح فى بعض الأحوال أن يكون العقـد ملـزما للأصيل ، ويجـوز فى البعض الآخـر أن يسأل الأصيل عن عمل وكيـله المنفـرد مسـئولية تقصيرية •

— ٩ —

مسـئولية مصلحة الآثار عن عـدم تجـديد رخصة الاتجـار بالعاديات وعما ترتب على ذلك من النتائج المرتبطة بعضها ببعض (*) — اذا حدثت عدة نتائج ضارة متسلسلة فيما بينهـا ، وانحصر السبب فى خطأ واحد ، فان رابطة السببية التى تقوم عليهـا المسـئولية لا تعتبر متوافرة الا بالنسبة الى النتائج المباشرة لذلك الخطأ دون غيرها (المادة ١٢١/١٧٩/١١٥١ مدنى) ، على أنه ليس من السـهل تعيين النتـائج

(*) منشورة فى مجلة القـانون والاقتصاد السنة السـابعة فبراير ١٩٣٧ ، ص ٣٤٩ .

المباشرة والتفرقة بينها وبين غيرها (راجع سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٥) .

وقد ضرب بوتييه للنتائج غير المباشرة مثل بيع بقرة مصابة بالطاعون تنقل العدوى الى قطيع من اشتراها ، فتسبب موت القطيع وبوار الأرض وعدة خسائر أخرى قد نشأ بعضها عن بعض ، حتى تنتهى بافلاس ذلك المشترى (بوتييه الالتزامات طبعة Bugnet جـ ٢ نبذة ١٦٦) .

وبالعكس من ذلك الوقائع التى عرضت أخيرا على محكمة النقض المصرية فى القضية الآتية :

كانت مصلحة الآثار قد سحبت رخصة أحد تجار العاديات ورفضت تجديدها ، ثم اتهمته بالاتجار بغير رخصة ، فترتب على ذلك تحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله وتفتيشه ، وازالة اللوحة المعلقة على متجره ، وحرمانه من الطمأنينة فى الاتجار ، وخسارته مبالغ جسيمة لهذا السبب ، فطالب المصلحة بالتعويض عن كل ذلك ، فردت المصلحة الدعوى بأن رخصة الاتجار فى العاديات موقوتة الأجل ، بحيث اذا انتهى أمدها يكون للمصلحة خيار تجديدها وعدم تجديدها ، فلا خطأ عليها فى استعمال حقها فى عدم التجديد ، أما ما كان من تحرير محضر مخالفة ضد التاجر وتفتيشه ومحاكمته ، فقد دفعت المصلحة مسئوليتها عنه بأن مفتشها كان يقوم عند تحرير المحضر والتفتيش بعمل من أعمال الضبطية القضائية .

وقد حكمت محكمة النقض ببراءة التاجر من المخالفة ، بناء على أن مصلحة الآثار قد أخطأت فى تفهم القانون ، فليس لها أن تسحب منه هذه الرخصة ، لأن رخصة الاتجار يجب أن تكون مطلقة من كل قيد زمنى ، فاذا أعطيت اليه موقوتة ، وجب أن يعتبر المرخص له أن هذا القيد معدوم (راجع المادة ١٣ من القانون رقم ١٤ سنة ١٩١٢) ،

وقضت محكمة الاستئناف فى الدعوى المدنية ، بمسئولية مصلحة الآثار عما وقع منها من خطأ فى سحب الرخصة وعن كل ما ترتب على ذلك من النتائج السابق الاشارة اليها ، لاتصالها بعضها ببعض اتصال الأسباب بالمسببات (أنظر أيضا عياش جـ ١ نبذة ١٦٣٧ ، ومؤلفنـا فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية القسم الأول سنة ١٩٧١ ص ٤٧٤ وما بعدها ، استئناف مصر ١٢ مايو ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ٢٩٣ — ١٢٣) ٠ وقد أيدت محكمة النقض فى ٩ أبريل ١٩٣٦ حكم الاستئناف « لأنه لم يحمل مصلحة الآثار الا مسئولية خطئها فى سحب الرخصة من المطعون ضده ، وما ترتب على هذا السحب من اعتباره متجرا فى العاديات بغير رخصة ، الى غير ذلك ممـا سبق ايراده ، وممـا سلب المطعون ضده طمأنينته فى الاتجار ، سواء أكان فى بيع ما عنده أو شراء ما عنـد الغير ، ولا شىء فيما فعلته المحكمة من ذلك مخالف للقانون » (القـانون والاقتصاد ٦ ملحق ٦ ص ١٧٦ المحاماة ١٧ — ٧٤ — ٤٠) ٠

وهذا مثال بارز لتوافر علاقة السببية مع تعدد حلقاتها ، ولاعتبار النتائج مباشرة مع كثرة تسلسلها ٠

مسئولية مصلحة السكك الحديدية عن حوادث المجازات السطحية (المزلقانات) (*) — تعددت فى السنين الأخيرة الأحكام الصـادرة بشأن حوادث المجازات السطحية وتباينت ، وقـد صـدر أخيرا حكمان متعارضان أحدهما من محكمة استئناف مصر الوطنية بتاريخ ١٨ فبراير ١٩٣٧ ، والآخـر من محـكمة الاسكندرية المختلطة بتاريخ ١٤ ينـاير ١٩٣٦ ٠

أما حكم الاستئناف الوطنى فقـد قرر أن المصلحة ليست ملـزمة بحراسة الممرات ليل نهر ، وأن قيامها بحراسة بعضها فى أوقات معينة

(*) منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة نوفمبـر ١٩٣٧ ، ص ١٠٣٧ . وانظر ايضا ما سيجىء فى ص ١٨١ وما بعدها .

لدرء ما يحتمل وقوعه من الأخطار على عـديمى الاحتياط والحـذر ممن يقصدون عبور السكك الحديدية لا يلزمها بالحراسة فى غير تلك الأوقات، اذ أنه يتعين على كل انسان أن يتخذ الحيطة والحذر لنفسه قبل اجتياز المزلقانات وأن يمتنع عن اجتياز السكك الحديدية المعدة بطبيعتها لسير القطارات عنـد اقترابها من الممـرات بغير لزوم الى تنبيهـه الى ذلك (استئناف مصر ١٨ فبراير ١٩٣٧ المحاماة ١٧ — ١١٨٠ — ٥٩٠) •

وليس هذا الحكم فريدا فى نوعه ، فقد سبقته فى تقرير هذا المبدأ أحكام أهلية ومختلطة (استئناف مصر ٢٦ مايو ١٩٣٠ المجموعة ٣٢ — ٢٥ — ١٢ المحاماة ١١ — ٥٩ — ٣٣ ، استئناف مختلط ٨ يونيـه ١٩٣٣ (حكمين) الغازيت ٢٥ — ١٣ — ١٦ ، ١٧ نوفمبر ١٩٣٢ الغازيت ٢٥ — ١٤ — ١٧ ، ١٩ أبريل ١٩٣٤ الغازيت ٢٥ — ١٥ — ١٨) • ويؤخذ على هذه الأحكام جميعا أنها تنفى عن مصلحة السكك الحديدية أبسط الواجبات الأولية المجمع عليها من المحاكم والشراح والتى توجب على كل من يستعمل شيئا ما أن يتخذ جميع الاحتياطات اللازمة التى تحول دون حدوث ضرر للغير من ذلك الشىء (راجع سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٥٥ وباللغة الفرنسية ٤٨) •

صحيح انه غير معقول أن تكلف مصلحة السكك الحديدية خفارة كل شبر من الطرق التى تمر بها قطاراتها ، ولكن هـذا ليس معناه اعفـاء المصلحة من واجب خفارة تلك الطرق جميعـا حتى فى المراكز التى يكثر فيها تعريض الناس للمخاطر ، وانما يجب الاعتراف بأن المصلحة مكلفة بسبب استغلالها للطرق الحديدية وما ينجم عن ذلك من تعريض الناس للخطر أن تتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لحماية الجمهور فى المراكـز التى يكثر فيها تعريضه للخطر • والحقيقة كما يقول الدكتور بهجت بدوى ان واجب المصلحة فى خفارة المجازات مسألة موضوعية ، لا يمكن البت فيها بصورة واحـدة ايجابية أو سلبية ، بل يجب تركها لتقـدير محكمة الموضوع ، فهى التى تقدر واجب المصلحة فى خفارة مجاز معين أو تركه ،

وهى فى تقديرها تراعى موقع هذا المجاز وحركة المرور عليه باعتبار الزمان والمكان ، وهى وحدها التى تقدر ان كان من الواجب اغلاق المجاز عند اقتراب القطارات أو الاكتفاء بخفارته ، أو مجرد وضع علامة لتنبيه السيارات وانارته ليلا ، ولا يمكن التسليم بأن المصلحة هى وحدها صاحبة الشأن فى تقدير ذلك ، لأن نظامها الموضوع ، وهو نظام استغلال ، لا يصح أن يعفيها من واجباتها القانونية التى تقدرها المحكمة ، وشأنها فى ذلك شأن الشركات الخاصة (مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٢ — ١٥٢) .

وقد شعرت محاكمنا المصرية مختلطة وأهلية أحيانا بأن اعفاء مصلحة السكك الحديدية بصفة عامة من واجب خفارة مجازاتها لا يتفق مع أبسط مبادىء العدالة . فذهبت فى بعض أحكامها الى حد افتراض وجود قرينة قانونية على خطأ المصلحة ، وكفت نفسها مؤونة المناقشة فى وجود ذلك الواجب القانونى أو عدم وجوده (أنظر استئناف مختلط ٢ يونيه ١٩٢٠ الغازيت ١٠ — ١٨١ ، ٥ فبراير ١٩٣١ (٤٣ ص ٣٠٥) ، استئناف مصر ٢٤ يونيه ١٩٣٣ المجموعة ٣٤ — ٤٩٤ — ٢٤٠) . غير أننا نشك فى صحة هذا الحل من الوجهة القانونية لعدم وجود نص يساعد عليه ، ونرى أنه أيسر على المحكمة أن تقرر وجود واجب قانونى بخفارة المجازات ، من أن تفرض انشاء قرينة قانونية ، لأن تقدير الواجبات القانونية متروك أمره للمحكمة ، بينما انشاء القرائن القانونية لا يكون بغير نص (١) .

أما حكم محكمة الاسكندرية المختلطة الذى أشرنا اليه فى بدء هذه التعليقات فقد اتبع المبادىء الصحيحة وتحاشى أوجه النقد التى أسلفناها ، فقد قرر فى حيثياته :

« انه يجب التسليم منذ الآن بأن القاعدة التى من مقتضاها ألا تسأل مصلحة السكك الحديدية عن الحوادث التى تقع بسبب عدم خفارة

---

(١) أنظر ما تقدم فى ص ٢٨ وما بعدها عن معيار التقدير الكمى للواجبات القانونية .

المجازات ليلا أصبحت مبالغا فيها trop générale • وانه اذا كان من المسلم به قضاء أن القانون لا يوجب على مصلحة سكك الحديد حراسة مجازاتها حراسة دائمة ليل نهار ، فان ذلك لا يترتب عليه وجوب اعفاء المصلحة من كل مسئولية ومهما كان مكان وقوع الحادث ، وانه اذا كان من المعقول لاعتبارات مالية عدم التزام المصلحة بخفارة سككها الحديدية على طول الطريق من ساحل البحر الأبيض الى أقصى السودان حتى فى المواضع التى يندر اجتياز الناس اياها ، فانه من جهة أخرى يجب ألا تكون المصلحة مطلقة الحرية فى تقدير الاحتياطات اللازمة لحماية أرواح الجمهور فى ضاحية من ضواحى مدينة كالاسكندرية » •

وتطرقت المحكمة من ذلك الى فحص ظروف الزمان والمكان التى وقعت فيها الحادثة موضوع القضية . وكانت نتيجة بحثها أن قررت أنه كان يجب على المصلحة خفارة ذلك المجاز خفارة دائمة (اسكندرية المختلطة ١٤ يناير ١٩٣٦ الغازيت ٢٧ — ٧ — ٣) •

وقد سبق أن طبقت المحاكم المختلطة هذه المبادىء نفسها ، فأعفت المصلحة من مسئوليتها عن عدم خفارة أحد المجازات ليلا بعد أن ثبت لها قلة حركة المرور فى ذلك المجاز (استئناف مختلط ٢٨ فبراير ١٩٣٥ الغازيت ٢٧ — ٨ — ٤) ، وجعلتها مسئولة فى ظروف أخرى كانت تقضى عليها باتخاذ احتياطات معينة (استئناف مختلط ٢ أبريل ١٩٣٦ الغازيت ٢٧ — ٨ — ٥) ، وكذلك طبقتها محكمة الاستئناف الأهلية فى القضية رقم ٦٢٩ سنة ٣٧ ق حيث قررت أنه مع عدم انتقاد عمل وزارة المواصلات الادارى وتحديدها النقط التى وضعت فيها المزلقانات فانه يجب على المحاكم عند وقوع حادثة ينشأ عنها ضرر للأفراد أن تبحث فى ظروف الدعوى وتقرر ما اذا كان من الواجب على مصلحة السكك الحديدية أن تتخذ من الطرق والاحتياطات ما هو أكثر نفعا وضمانا من التى اتخذتها ، فاذا ثبت أن هناك طريقا قاطعا للسكة الحديدية يصل بلدين وليس به مزلقان بينما توجد مزلقانات فى جهتين أخريين دون الأولى فى الأهمية ، عد ذلك تقصيرا من مصلحة السكة الحديدية موجبا للمسئولية (المحاماة

١ — ٤٥٨ — ٨٨) • أما حكم محكمة الاسكندرية المختلطة سالف الذكر فيمتاز فضلا عن تطبيقه تلك المبادىء الصحيحة بتقريرها فى صراحة تامة •

مسئولية السكك الحديدية عن حراسة مزلقاناتها ، وتقدير الواجب الذى يعتبر الاخلال به خطأ يستوجب المسئولية (*) :

أساس المسئولية الخطأ ، وهو اخلال بواجب سابق ، والواجبات التى يعد الاخلال بها خطأ اما أن يعينها القانون بنصوص خاصة توجب أمورا معينة تعيينا دقيقا كالواجبات المحددة التى تفرضها لوائح المرور على قائدى السيارات ، واما أن يكتفى فى تعيينها بتقرير مبدأ عام يترك للقاضى تطبيقه لتعيين الواجبات فى كل حالة على حدة حسب مقتضيات الظروف كالمبدأ الذى يوجب فى استعمال الرخص القانونية اتخاذ الحيطة اللازمة لتحاشى الاضرار بالغير •

وفى هذه الأحوال الأخيرة يكون تعيين الواجب ومداه متروكا لاجتهاد الشخص وضميره ، ولكن هذا التقدير الشخصى يخضع لرقابة القاضى ، فيترك مثلا لمصلحة السكك الحديدية أن تعين هى ما يجب عليها حراسته من مزلقاناتها وطريقة هذه الحراسة ومداها ، أيلزم فيها استعمال البوابات والحواجز أم يكفى اقامة حراس بجوانبها ؟ وفى هذه الحالة الأخيرة أتجب الحراسة ليلا ونهارا أم يكتفى بالحراسة نهارا ؟ فاذا وقع حادث بسبب عدم حراسة أحد المزلقانات ليلا وادعى المصاب أن الشركة أو المصلحة مقصرة فى ذلك ، كان القاضى أن يبحث فى ضوء موقع هذا المزلقان وجميع الظروف الأخرى ما اذا كان مثل هذا المزلقان تجب حراسته ليلا أو لا تجب ، وكان لزاما عليه أن يلجأ فى تقدير هذا الواجب وتعيين حدوده الى تصور ما كان ينتظر أن يقوم به شخص يقظ نزيه لو

(*) منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة التاسعة عشرة مارس ويونيه ١٩٤٩ • وانظر أيضا ما تقدم فى ص ١٧٧ وما بعدها •

وجد فى مثل ظروف الشركة أو المصلحة المدعى عليها بالمسئولية (*) .

فالأصل اذن أن تقدير واجبات الشخص متروك له تحت رقابة القاضى ، وأن المقصود بهذه الرقابة ضمان حد أدنى يلتزمه الشخص أو يلزم به فى تقدير واجباته . أما اذا أخذ الشخص نفسه بقدر من الحيطة يجاوز الحد الأدنى ، فقد التزم بهذا القدر وأصبح واجبا عليه يعد الاخلال به خطأ يستوجب المسئولية .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى ١٠ نوفمبر ١٩٤٧ بأنه اذا صح أن مصلحة السكك الحديدية — فى الأصل — غير مكلفة بأن تقيم حراسا على المجازات لدفع الخطر عن المارة من قطاراتها ، الا أنها اذا أقامت حراسا بالفعل عهدت اليهم اقفالها كلما كان هناك خطر على المارة من اجتيازها وفتحها حيث لا خطر ، وأصبح ذلك معهودا للناس ، فقد حق لهم أن يعولوا على ما أوجبته على نفسها من ذلك وأن يعتبروا ترك المجاز مفتوحا ايذانا بالمرور وبعدم وجود الخطر ، فاذا ترك الحارس عمله وأبقى المجاز مفتوحا حيث كان ينبغى أن يقفله وجب اعتباره متخليا عن واجب فرضه على نفسه ، ومن ثم فعمله هذا اهمال بالمعنى الوارد بالمادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ ع ، وتكون مصلحة السكك الحديدية مسئولة عما ينشأ من الضرر للغير من فعل تابعها على ما قضت به المادة ١٥٢ مدنى (المحاماة ٢٨ — ٩٠٥ — ٣١٩ ، مجموعة عاصم للنقض الجنائى ٢ — ٢٠٢ — ١٠١) .

ويلاحظ أن المحكمة لم تأخذ مصلحة السكك الحديدية بما أوجبته على نفسها — مع افتراض مجاوزته الحد الأدنى الذى يخضع لرقابة القاضى — الا بعد أن أثبتت أن الاحتياط الذى جرت عليه المصلحة أصبح معهودا للناس وحق لهم أن يعولوا عليه ، وأن يعتبروا ترك المجاز مفتوحا

(*) راجع سليمان مرقس ، مذكرات فى الفعل الضار نبذة ٢٨ وما بعدها . وانظر ما تقدم فى ص   بشأن ضبط معيار الخطأ وبالتالى ضبط معيار التقدير الكمى للواجبات القانونية .

ايذانا بالمرور وبعدم وجود الخطر • وقد أصابت المحكمة فى ذلك لأننا لو فرضنا أن المصلحة اتخذت قرارا بحراسة مزلقان معين ثم وقع الحادث قبل أن ينفذ قرار الحراسة أو يعلن أمره فان المصلحة لا تكون مسئولة الا اذا كانت الحراسة واجبة عليها وفقا للحد الأدنى الذى يخضع تقديره لرقابة القاضى • أما اذا كان هذا الحد الأدنى لا يوجب عليها الحراسة ، فان الحراسة لا تكون واجبة بمجرد تقريرها ، ولابد فى ذلك من أن يعلن أمرها للناس بحيث يحق لهم أن يعولوا عليها ، وبعبارة أخرى فان عدم مراعاة الحد الأدنى من الواجبات يعتبر بذاته اخلالا بالثقة المشروعة ، لأن من حق كل شخص أن يعتمد على قيام الآخرين بالحد الأدنى من واجباتهم • أما ما يجاوز هذا الحد من واجبات فلا يعد واجبات قانونية ، ولا يعتبر الاخلال به خطأ يستوجب المسئولية الا اذا أخذ الشخص نفسه به وأصبح ذلك معهودا للناس وحق لهم أن يعولوا عليه •

عدم المسئولية فى طلب تأجيل الدعوى مرات متعددة (*) :

توفى شخص ولم يترك ورثة ، فآلت تركته الى وزارة المالية (بيت المال) ثم رفع أحد دائنى المتوفى دعوى على الوزارة يطالبها بسداد دينه ، فأعلنت الوزارة الشك فى صحة السند ووجود الدين ، وطلبت ندب خبير لفحص الامضاء ، وتأجلت قضية الدين ثمانى مرات ، ثم حكم للدائن • وقبل أن يعلن حكمه ، رفعت على الوزارة دعاوى بديون أخرى فترتب على تأخير الفصل فى قضية الدائن الأول مزاحمة الدائنين الآخرين له فى قيمة التركة ، فطالب الدائن الأول الوزارة بتعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب تأجيلها الدعوى مرات متعددة •

(*) منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، ابريل ١٩٣٧ ص ٦٤٦ •

حكمت محكمة مصر الأهليـــة فى ١٥ فبراير ١٩٣٦ بعـــدم مسئولية الوزارة عن ذلك ، بعد أن استعرضت أركان المسئولية واعتبرتها كمـــا يلى : (١) فعل غير مشروع يحوى خطأ ، (٢) أن يكون هـــذا الخطأ صادرا عن ارادة كاملة وحـــرة ، (٣) أن ينشأ عن هـــذا الخطأ ضرر ، وبعد أن بحثت نظرية اساءة استعمال الحق ، الى أن قالت انه لا نزاع فى أن للخصوم الحق فى طلب تأجيل قضاياهم ، ويجيبهم القـــاضى الى ذلك اذا لم يكن هناك مانع ، وقد قرر المشرع بعض قواعد يسترشد بهـــا القضاة فى مسائل التأجيل ، فمادام أمر التأجيل بيد القاضى ، فلا يمكن التسليم بأن فعل التأجيل صدر بارادة حرة من الوزارة مادام للســـلطة الشرعية المختصة حق مراقبة مثل هذا الطلب (المحاماة ١٦ — ٧٦٦ — ٣٥٠) .

والذى نلاحظه على هـــذا الحكم جعله سلطة المحـــكمة على تسيير الدعاوى مانعة من اساءة الخصوم لاستعمال حقهم فى المرافعـــة ، ومن وقوع الخطأ منهم فى اســـتعمال ذلك الحق مادام الأمر فى النهـــاية غير متروك لارادتهم الحرة . مع أنه من المسلم به أنه اذا باشر أحد الخصوم حقه فى المرافعة ، لا لغرض سوى الاضرار بغيره ، عد متجاوزا لحقه ، ومرتكبا خطأ يقتضى مسئوليته ، مهما بالغ فى اخفاء نيته تحت ســـتار الاجراءات القانونية (راجع تعليقاتنا فى هذه مجلة القانون والاقتصاد ٧ — ١ — ٣٥١) . وكانت المحـــكمة فى غنى فى هـــذه القضـــية عن البحـــث وراء الارادة الكـــاملة الحـــرة (ونحن نعتبـــر ذلك من أركـــان المســـئولية) للوصـــول الى الحـــكم بعـــدم مســـئولية الوزارة عن التأجيل الحـــاصل بنـــاء على طلبهـــا ، مادام قـــد ثبت لديها أنه كان لوزارة المالية مصلحة ظاهرة فى طلب التأجيل . فقد لاحظت المحكمة فى شأن ذلك أن مركز وزارة المـــالية فى دعوى الدين هو مركـــز صاحب حق فى تركة آلت اليها بعد وفاة مورث لا تدرى من أمره شيئا ، الا بعد تحريات ادارية ، تستدعى بلا شك وقتا غير عادى لجمع معلومات ، وبصفتها مسئولة عن أموال التركة ، اذ لا تركة الا بعد وفاء الدين ، كان من الواجب عليها أن تتأكد من صحة سند الدين وصدوره عن المورث ،

فاذا ما أظهرت رغبتهـا فى تأجيل الدعوى وأجابتها المحـكمة بتأجيلات قصيرة بعضها أسبوع واحد لتتحرى وتتثبت من هذا الأمر الذى له تأثير فى استحقاقها التركة ، فلا يمكن أن يفسر استعمال هذا الحق ، وهـو حق مشروع ، بأن فيه افراطا أو خطأ أو اهمالا •

العـدول عن الخطبة ومـا يترتب عليـه من مسـئولية (*) — أصدرت محكمة النقض والابرام فى شأن مسئولية من يعدل عن الخطبة حكما بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ (المحاماة ٢٠ — ٧٦٠ — ٢٩٣ المجموعة ٤١ — ٢٦٣ — ١٠١ ، ملحق القانون والاقتصاد ١٠ — ٤٣ — ١٣ ، مجموعة عمر ٣ رقم ١٤ ، وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ١٩٦٠/٤/٢٨ مجموعة أحكام النقض ١١ — ٣٥٩ — ٥٥) ، قررت فيه حق كل من الخاطبين فى العدول عن الخطبة ، كما قررت أنه اذا لازمت العدول أفعال مسـتقلة عنه تعتبر أفعالا ضارة فان هذه الأفعال تستوجب مسئولية فاعلها •

وقد يظهر هذا الحكم بادىء الأمر طبيعيا الى حد أنه قد لا يلفت النظر اليه فى شىء • ولكن بالتأمل يرى أن المسـألة التى فصل فيهـا مسألة دقيقـة ، كثيرة الوقوع فى العمل ، وقـد تعددت بشأنها المذاهب والآراء • وبيان المسألة أن الخطبة وعد متبادل بين شخصين بقصد عقـد زواجهما فى المستقبل ، وهى من مقدمات الزواج ، يلجأ اليها المتواعدان عادة ليستند اليها كل منهما فى التعرف بالآخر ، أو فى انصراف كل منهما الى اعداد معدات الزواج • وكثيرا ما يعدل أحد الخاطبين عن الخطبة ، فيخيب بذلك أمل الخاطب الآخر ، وقد يلحق به ضررا أدبيا أو ماديا • أفلا يلزم فى هذه الحالة بتعويض الخاطب الآخر عن هذا الضرر ؟

ان صعوبة المسألة ناشئة من أن مبدأ المسئولية يصطدم فى هـذا الموضوع بمبدأ آخر لا يقل عنه حرمة ، وهو مبدأ حرية الزواج • واذا

(*) منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة عشرة عـدد مارس وابريل ومايو ١٩٤٣ ص ٣٤٩ وما بعدها ، ويراجع فى ذلك دروسنا لطلبة الدكتوراه فى المسئولية المدنية س ١٩٥٣ و س ١٩٥٤ نبذة ٥ ص ٩١ وما بعدها •

كان مبدأ المسئولية يهم المجتمع من حيث انه يحقق العدالة فيه ، فان مبدأ حرية الزواج يهمه من حيث انه يحفظ كيان الأسرة وهى أس المجتمع • فلذلك ولأن عقد الزواج عقد مؤبد والعثرة فيه تفوت هناءة دهر وتجلب شقاء سنين ، عنى المشرعون والفقهاء بأن يكفلوا للطرفين فى عقود الزواج كامل الحرية فى ابرام العقد أو عدم ابرامه ، حتى لو سبقت العقد خطبة أو وعد بالزواج ، اذ أنه من المسلم به فى جميع الشرائع أن الخطبة لا تلزم أحد الطرفين باتمام الزواج •

ولكن اذا كان من أخلف الوعد لا يمكن اجباره على اتمام الزواج . أفلا يمكن على الأقل الزامه بتعويض ما ألحقه بالطرف الآخر من ضرر على اعتبار أن امتناعه عن الوفاء العينى ، مع تعذر اكراهه عليه ، يجعل الالتزام يستحيل الى تعويض ؟

لقد ذهبت الشرائع فى ذلك مذهبين متعارضين ، فالمشرع الفرنسى ، حرصا منه على مبدأ حرية الزواج ، لم يعترف للخطبة بصفة العقد الملزم • وبناء على ذلك قررت المحاكم الفرنسية أن لكل من الخاطبين حرية العدول دون مسئولية الا حيث يقترن العدول بعمل ضار يستوجب المسئولية (بلانيول جـ ١ بند ٧٨٨ ، أنظر عكس ذلك بونكاس فى ملحق بودرى جـ ٤ ص ٧٧١ وبيرسون ودى فيليه بالنسبة للقانون البلجيكى جـ ٢ ص ٥٨٥) ، وهو رأى مرجوح •

أما القانون الايطالى وبعض الشرائع الحديثة كالقانون الألمانى والقانون السويسرى وما نحا نحوهما كالقانون الصينى والقانون التركى ، فقد رأت أنه ينبغى اعمال ارادة الخاطبين فى الوعد بالزواج ، وحاولت أن توفق بين مبدأ حرية الزواج ومبدأ المسئولية التعاقدية ، بأن اعتبرت الخطبة عقدا ملزما ، ولكن لا يترتب عليه اجبار أى من الطرفين على اتمام الزواج ، وانما ينبنى عليه فقط الزام الممتنع عن اتمام الزواج بتعويض الطرف الآخر ما لم يثبت أن امتناعه له مسوغ شرعى ، وليس ذلك الا تطبيقا عاديا للقواعد العامة فى المسئولية التعاقدية (أنظر فى ذلك رسالة

قيمة لزميلنا الدكتور السعيد مصطفى السعيد فى مدى استعمال حقوق الزوجية ص ٥٣) •

ونظرا لخلو القانون المصرى من نص فى هذه المسألة ، فقد تعددت بشأنها الآراء ، بالرغم من انعقـــاد الاجماع على أن الخطبـــة تعتبر من مقدمات الزواج ، وعلى خضوعها مثله لقانون الأحوال الشخصية •

الرأى الأول :

فهناك رأى يقول ان الخطبة فى الشريعة الاسلامية عقـــد مستحب تنشأ عنه ارتباطات وان العدول عنها حق مقيد استعماله بحكمة خاصة • فاذا عدل أحد الخاطبين ، وكان عدوله مطابقا للحكمة التى من أجلها تقرر حق العدول ، فلا مسئولية عليه فى ذلك ، والا فانه يكون مسئولا مسئولية تعاقدية باعتباره قد أساء استعمال حق له مستمد من العقد • والقائل بهذا الرأى زميلنا الدكتور السعيد مصطفى السعيد (فى ص ٨٢ و ص ١١٧ من رسالته) ، وقـــد استشهد عليـــه بحكمين صادرين من محكمة الاسكندرية الأهلية أحدهما بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٢٩ (المحاماة ١٠ — ٣٥٠ — ١٧٤) والثـــانى بتاريخ ١٤ نوفمبـــر ١٩٣٠ (المجموعة ٣٢ — ٧٣ — ٣٠) • وفى هـــذا المعنى أيضـــا الاسكندرية الابتدائية الأهليـــة ١٩٤٨/١١/٢٩ المحاماة ٢٨ — ١٠٥٧ — ٤٣٥ •

ويلاحظ على هذا الرأى أولا انه يصـــطدم فى أساسه المستمد من الشريعة الاسلامية مع نص المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا التى لا تعتبر الخطبة عقدا ملزما ، بل تعترف للخاطب بجواز العدول عمن خطبها ، وللمخطوبة برد الخاطب الموعود بتزويجها منـــه ، ولو بعد قبولها هدية الخاطب ودفعه المهر كله أو بعضه • ولم يكن هذا النص ليغيب عن صاحب الرأى ، لذلك رأيناه يجهد نفسه كثيرا ليثبت أن الخطبة فى الشريعة الاسلامية — خلافا لما قرره قدرى باشا فى مجموعته — عقد منشىء لارتباطات (راجع رسالته من ص ٩٠ الى ص ١٠٢) ،

حتى يرتب على ذلك أن العدول عنهـا حق معين لا اباحة عامة ، فتكون لهذا الحق حدود ، ويجوز أن تقع فى استعماله اساءة • غير أنه بالرغم من هذا المجهود الجبار لم يستطع الأستاذ السعيد مصطفى أن يقول لنا ما هى الارتباطات التى ينشئها عقد الخطبة فى ذمة كل من الخاطبين ، ولم يبلغ حدا يجعل الرأى الذى استنبطه من الشريعة الاسلامية راجحا على ذاك الذى قرره قدرى باشا فى مجموعته ، ممـا حمل أستاذنا الجليـل الشيخ أحمد ابراهيم بك ، بعد أن فحص رسالة المؤلف وأعجب بها أيمـا اعجاب ، على أن يسجل رأيه فى هذا الموضوع فى مقدمة تلك الرسـالة وأن يقول عن صاحبها « انه حاول أن يصبغ الخطبة بصبغة العقد ، ولكن لم تسعده على ذلك النقول الفقهية كما يظهر ذلك لمن أنعم نظره فى كـل ما قاله • والذى أراه أنا فى هذا الموضوع بايجاز هو أن الخطبة ارتباط أدبى حاطه الشارع الاسلامى بسياج يمنع الاعتداء عليه حتى يعدل أحد طرفيه عدولا نهائيا • والمسألة كلها مراعى فيها ناحيـة الآداب والديانة لا غير » (أنظر صفحة ز من المقدمة) •

ويلاحظ ثانيا أن السعيد بك كان يرمى من وراء هذا المجهود الذى بذله الى امكان القول بتطبيق قواعد المسئولية التعـاقدية على الخاطب الذى عدل ، لا باعتبار أن مجرد العـدول خطأ تعاقدى ، وانمـا باعتبار العدول فى بعض الحالات اساءة لاستعمال حق الفسخ ، وهو يرى أن هذه الاساءة خطأ واقع فى دائرة العقد ، فتطبق عليهـا قواعد المسئولية التعاقدية (ص ٨٣) • فى حين أن الثابت فى الفقه والقضاء أن المسئولية التى تترتب على اساءة استعمال الحق مسئولية تقصيرية حتى لو كـان الحق الذى أسىء استعماله ناشئا من عقد (أنظر مازو نبذة ٥٥٩ وحكمى الاسكندرية الأهلية بتاريخ ١٠ ديسـمبر ١٩٢٩ و ١٤ نوفمبـر ١٩٣٠ السابق الإشارة اليهمـا) • فمادام الأمر مصيره الى قواعـد المسئولية التقصيرية ، فلا فائدة من محاولة اثبات أن الخطبة عقـد يكون لكل من عاقديه حق العدول عنه •

الرأى الثـــانى :

والواقع أن المحاكم والشراح تكاد تجمع على عـــدم امكان مساءلة الخاطب مسئولية تعاقدية لمجرد عدوله عن الخطبة . والكثرة الغـــالبة تذهب الى أن الخطبة ليست عقدا ملزما على الاطلاق ، ومن هذه الكثرة فريق يسرف فى تقـــديس مبـــدأ حرية الزواج فيضحى من أجله بمبـــدأ المسئولية ويقرر أن لكل من الخطيبين أن يعدل عن الخطبة دون مسئولية عليه فى ذلك مهما كانت الظروف والأحوال ، وذلك صونا لحرية العاقدين عند ابرام الزواج عن أن يؤثر فيهـــا شبح المسئولية (استئناف مصر ٥ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٥ ص ٣٢٤ ، ٢٣ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ — ٧٩٨ — ٤٨٨ المجموعة ٢٧ — ٦٨ — ٤٥ ، ٣٠ يونيه ١٩٣٠ المحاماة ١١ — ٦٢٦ — ٣١٣ ، ١٧ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٨٥٥ — ٤٢٣) .

الرأى الثـــالث :

أما الفريق الآخر فيرى أن مبـــدأ حرية الزواج يقتضى حقيقة أن لا تكون الخطبة عقدا ملزما وأن يجوز لأى من الخاطبين أن لا يتقيد بها . ويرى فى الوقت ذاته أنه اذا سلك أحد الخاطبين مسلكا يعتبر خطأ فى حق الطرف الآخر ونشأ من ذلك ضرر فان مبـــدأ حرية الزواج لا يمكن أن يعطل فى هذه الحالة تطبيق مبدأ المسئولية (استئناف أهلى ٢٩ مايو ١٩٠٦ المجموعة ٨ — ٧٧ — ٣٨ ، ٢٩ نوفمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ — ٧٩٥ — ٤٨٧ المجموعة ٢٧ — ١٦١ — ١٠٣ ، الفيوم الجزئية ٣٠ نوفمبر ١٩٢٩ المحاماة ١١ — ١٨١ — ١١٠ ، عابدين الجزئيـــة ٢٨ مارس ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٢١ ، الزقازيق الابتـــدائية (حـــكم استئنافى) ٣ نوفمبـــر ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٧٥ ، استئناف مختلط ٧ مايو ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ٢١١ ، ٢٣ فبراير ١٩٣٢ ب ٤٤ ص ١٩٦ ، ٢١ نوفمبر ١٩٣٥ ب ٤٨ ص ٣٢ ، ٦ فبراير ١٩٣٦ ب ٤٨ ص ١١٢) .

وقد أيد الأستاذ السنهورى بك (فى نظرية العقد ص ٤٩٨ نبـــذة

٤٨٠) والأستاذ مصطفى مرعى بك (فى المسئولية المدنية ص ١١٥ نبـذة ١٣١) هذا الرأى . وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية فى حكمهـا الذى أشرنا اليه . وعندى أن المحكمة أصابت فى اعتماد هذا الرأى ، لأنه حل وسط يوفق بين مبدأ حرية الزواج ومبدأ المسئولية عن الأضرار . وهو فوق ذلك لا يلقى المسئولية حتما على عاتق الخاطب الذى عدل لمجرد عدوله ، بل على عاتق الخاطب الذى سلك مسلكا خاطئا أضر بالطرف الآخر ولو لم يكن هو الذى عدل . واذا كان المخطىء غير طرف الخطبة كوالد أحد الخاطبين مثلا ، فتقع المسئولية عليه هو دون الخاطبين (استئناف مختلط ٧ مايو ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ٢١١) . ولا يمكن أن يعترض على هذا الرأى بأنه يجعل شبح المسئولية يهدد دائما حرية الخاطبين فى اتمـام الزواج ، لأنه ليس على الخاطب الذى يريد العدول دون مسئولية الا أن يسلك فى ذلك مسلكا بعيـدا عن الخطأ . أما اذا أخطأ ، فلا يجوز له أن يفلت من المسئولية تذرعا بمبدأ حرية الزواج .

الاتفاق على دفع تعويض فى حالة الطلاق (*) — قررت محكمة النقض بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٤٠ أن تعهـد الزوج بتعويض زوجته اذا طلقها لا يخالف الشريعة ولا النظام العام ، وانما ينتفى الالتزام بالتعويض اذا كانت الزوجة هى التى دفعت الزوج بفعلها الى تطليقهـا (المحاماة ٢٠ — ١١٤٦ — ٤٨٣ المجموعة ٤١ — ٤٣٤ — ١٧١ ، مجموعة عمر ٣ رقم ٣٥ ، وأنظر أيضـا نقض ٢٢ فبراير ١٩٣٩ ملحق القـانون والاقتصاد ١٠ — ٩٤ — ٣٤) . وقد أثار هذا الحكم فى أسبابه وفيما استعرضه من أسباب الحكم الابتدائى وحكم الاستئناف المطعون فيه بالنقض عـدة مسائل تستحق التنويه بها ، وهى ترجع جميعا الى حق الطلاق وهل هو حق مطلق أو مقيد ، وما يتفرع على ذلك من المسئولية عن استعمال هذا الحق ، ومن جواز الاتفاق على التنازل عنه ، والاتفاق على دفع تعويض فى حالة الطلاق ، وهل يعتبر هذا الاتفاق شرطا جزائيا أو التزاما شرطيا ،

(*) منشور فى القانون والاقتصاد السنة الثالثة عشرة عدد مارس وابريل ومايو سنة ١٩٤٣ ص ٣٥٤ وما بعدها .

وما يترتب على هذا التكييف القانونى أو ذاك . وقد رأينا أن نعرض فى ايجاز لهذه المسائل المختلفة على التوالى .

أ — هل حق الطلاق مطلق أو مقيد ، وهل يمكن أن تترتب على استعماله مسئولية ما ؟ — كانت محكمة الاستئناف المختلطة قدأجابت عن هذا السؤال بأن ايقاع الطلاق حق مطلق للزوج المسلم يستعمله كيف شاء ، فليس لمن تتزوج به وهى عالمة بذلك أن تطلب تعويضا عنه بعد وقوعه (استئناف مختلط ٢٠ يونيه ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٤٨٦ ، الغازيت ١٣ — ٥٥ — ٩٩) ، وكذلك فعلت محكمة استئناف مصر حيث قررت بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٢٨ أن « حق الطلاق مخول فى الشريعة للزوج ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها ... » (المحاماة ٨ — ٤٩٧ — ٣٢٥) (*) .

وقد انتقد الدكتور السعيد مصطفى هذين الحكمين وأثبت أن ايقاع الطلاق — عند فقهاء الشريعة الاسلامية — ليس حقا مطلقا وانما هو مقيد بوجوب أن يكون لحاجة تدعو اليه ، والا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر زائد عن مجرد حل رابطة الزوجية (السعيد مصطفى ص ٢٥١ وأنظر فى هذا المعنى أيضا كتاب الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك طبعة سنة ١٩٣٠ ص ٧٦ ، وكتاب الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف بك طبعة سنة ١٩٣٨ ص ١٤٦) .

وكانت المحاكم الابتدائية ترى كذلك — على عكس رأى محكمة الاستئناف — أن الطلاق لا يباح الا لحاجة ، وان استعماله مقيد بتحقيق تلك الحاجة اليه ، فاذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب كان ذلك اساءة منه لاستعمال حقه موجبة لمسئوليته (مصر ٢٠ يناير ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ — ١٠٧ — ٦٥ المحاماة ٦ — ٣٣٣ — ٢٥٥ ؛ شبين الكوم ١٠ ديسمبر ١٩٣٠

(*) وفى هذا المعنى ايضا استئناف مصر ٢٢ يناير ١٩٣١ فى القضية رقم ٤٠٨ مشار اليه فى هامش كتاب الاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف بك فى الاحوال الشخصية ص ١٤٧ .

المحاماة ١١ — ٥٤٠ — ٢٧٧ ، مصر ١٠ ديسمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ — ١١٣٣ — ٥٦٤) ، وفى سنة ١٩٣٦ أصدرت محكمة استئناف مصر حكما آخر يدل ظاهره على أنها تعتبر ايقاع الطلاق حقا مقيدا ، ولكنها خففت من هذا القيد الى حد يجعله فى حكم العدم . ذلك أنها بنت حكمها على أن نظرية سوء استعمال الحقوق تجعل الحق غير شرعى اذا لم يقصد باستعماله سوى الاضرار بالغير ، أما استعماله لتحقيق منفعة شخصية فلا تنشأ عنه مسئولية ما ، وان المطلق حسبه أن يكون قد رغب الخلاص من الزوجية حتى يكون فى استعمال حقه فى التطليق منفعة له ، فلا يسأل عن ذلك (استئناف مصر ٢٢ يناير ١٩٣٦ المحاماة ١٧ — ١١٩ — ٥٨) ، وقد انتقدنا نحن هذا الحكم فى حينه ، وبينا انه لا يكفى أن يكون الزوج قد قصد من ايقاع الطلاق الى مجرد الرغبة فى الخلاص من رابطة الزوجية ، حتى يعتبر ذلك منفعة له تبرر استعماله حق الطلاق ، وترفع عنه مسئولية الأضرار التى تزيد عما يلحق الزوجة عادة بسبب حل رابطة الزوجية ، ولا سيما اذا كان الزوج لم يراع منتهى الحذر فى استعمال حقه فى التطليق (راجع تعليقاتنا على الأحكام فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة ص ٣٥٢) .

وقد أيدت محكمة النقض ضمنا مبدأ تقييد حق الطلاق وامكان وقوع الاساءة فى استعماله باقرارها أسباب الحكم الابتدائى الصادر فى الدعوى التى أصدرت فيها محكمة النقض حكمها محل هذا التعليق حيث قد ورد فى أسباب هذا الحكم « ان حق الطلاق وان كان مقررا للزوج المسلم شرعا الا أنه حق مكروه ويكفى فى بيان كراهيته ما جاء فى الحديث الشريف عن النبى صلى الله عليه وسلم اذ قال (أبغض الحلال الى الله الطلاق) ، وانه بنص الفقهاء يرى أن الأصل فى الطلاق المنع ، ولا يباح الا لحاجة كبرى وريبة ، فهو مشروع من جهة ، ومحظور من جهة أخرى ، فمشروعيته من حيث ان فيه ازالة الزواج عندما تكون هناك داعية اليه ، وحظره من جهة أن فيه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدنيوية والأخروية ... » (المحاماة ٢٠ ص ١١٤٧) . ولم تكتف محكمة النقض بذلك ، بل ردت على الرأى العكسى — الذى يقول ان الشريعة

الاسلامية جعلت ايقاع الطلاق حقا مطلقا ، للزوج أن يستعمله دون أن يؤدى عن ذلك حسابا أو يتعرض لأية مسئولية ، رغبة منها فى ستر أسباب الطلاق ، ومنعا لكشف عيوب الأسر — بأن « ذلك القول ينقضه أن الشريعة الغراء قد أبالت فيما أباحت أن تطلب الزوجة الطلاق لعيوب فى زوجها ، كذلك أباح المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ للزوجة أن تطلب الفرقة اذا ادعت اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما (المادة السادسة) ، وبدهى أن بحث ذلك دفعا ودفاعا قد يكشف الستر عما يقول الطاعن أن الشريعة تتطلب ستره من شئون الزوجية » (المحاماة ٢٠ ص ١١٤٩) .

يخلص من كل ذلك أن محكمة النقض ترى هى أيضا أن حق ايقاع الطلاق حق مقيد ، لا يستعمل الا لمسوغ ، وان للمحاكم مناقشة أسباب الطلاق وتقدير المسوغات والحكم بالتعويضات حيث يكون الطلاق قد أوقع بغير مسوغ .

ب — الاتفاق على دفع تعويض فى حالة الطلاق . تكييفه القانونى وحكمه — متى ثبت أن ايقاع الطلاق حق مقيد ، يمكن وقوع الاساءة فى استعماله ، وتترتب على هذه الاساءة مسئولية المطلق ، أمكن أن نتصور حصول الاتفاق على دفع تعويض فى حالة الطلاق ، وقد تصدت المحكمة الابتدائية لبحث هذا الاتفاق وقالت فى شأنه : « انه من المتفق عليه أنه يجوز للشخص أن يتعهد مقدما بتعويض ضرر يحدثه للغير بعمل يأتيه ولو كان هذا العمل مشروعا كالطلاق أو الزواج بامرأة ثانية ، فاذا تعهد الزوج المسلم لزوجته ألا يتخذ غيرها زوجا مدة قيام الزوجية ، فهذا التعهد وان كان لا يمنعه من الزواج بأخرى الا أنه اذا التزم أن يدفع تعويضا ماليا لزوجته الأولى فى هذه الحالة ، فالتزامه صحيح ولا يعترض عليه بأن الالتزام هنا شرط جزائى تابع لالتزام أصلى باطل ، فان الالتزام بدفع التعويض فى هذه الحالة يعتبر التزاما أصليا معلقا على شرط واقف هو الزواج بأخرى ، ومثل ذلك التزام الزوج بدفع تعويض لزوجته اذا

طلقها ، فلا يكيف هذا الاتفاق على أنه تعهد من الزوج بعدم الطلاق يقترن بشرط جزائى بل على أنه التزام أصلى معلق على شرط واقف هو وقوع الطلاق » (المحاماة ٢٠ ص ١١٤٨) .

ويمكننا أن نستخلص من هذه الحيثية ثلاثة مبادىء :

١ — أن التعهد بالامتناع عن الطلاق يقع باطلا .

٢ — أن الشرط الجزائى الذى يتبع هذا التعهد يكون باطلا أيضا بالتبعية .

٣ — أن الاتفاق على دفع تعويض فى حالة الطـلاق يمكن اعتباره صحيحا على أساس أنه التزام معلق على شرط واقف هو حصول الطلاق.

أما عن المبدأ الأول ، فلا جدال فى أن التعهد بالامتناع عن الطلاق يقع باطلا ، لأن ايقاع الطلاق حق متعلق بالنظام العام ، اذ قد روعيت فى تقريره المصلحة العامة أكثر من المصلحة الفردية . وبناء على ذلك لا يمنع وجود مثل هذا التعهـد من وقوع الطلاق اذا أوقعه الزوج ، ولا تترتب على الزوج فى هذه الحالة مسئولية تعاقدية بأى حال . ولكن هذا لا يمنع أن الزوج اذا طلق بغير مسوغ ، يعتبر مسيئا لاستعمال حقه ، ويسأل عن ذلك مسئولية تقصيرية .

وعن المبدأ الثانى ، فاذا كان المقصـود بالشرط الجزائى الاتفاق الذى يعين مقدار التعويض الذى يلتزم به المدين جزاء اخـلاله بالتزام تعاقدى هو الالتزام الأصلى ، فلا شك أيضـا فى بطلان الشرط الجزائى اذا كان ذلك الالتزام الأصلى باطلا ، ومادمنا قـد سلمنا بأن التعهـد بالامتناع عن الطـلاق يقع باطـلا ، فيترتب على ذلك أن يكون الشرط الجزائى التابع لهذا التعهـد باطلا أيضـا ، ولا يمكن الزام الزوج به باعتباره جزاء للاخلال بالتزام تعاقدى .

أما عن المبدأ الثالث ، فقد لجأت اليه المحكمة الابتدائية لما رأت أن العدالة تقتضى من الناحية العمليــة فى بعض الأحوال اعمال مثل هــذا الاتفاق لالزام الزوج بدفع التعويض المتفق عليه الى الزوجة ، فكيفت هذا الاتفاق بأنه التزام شرطى لا شرط جزائى (وقــد استندت فى ذلك الى موجز السنهورى بك فى الالتزامات ص ٤٤٦ نبذة ٤٤٩) • ويقــول الأستاذ السنهورى بك فى ذلك أن تكييف الالتزام بأنه التزام شرطى أو بأنه شرط جزائى ينظر فيه الى نيــة المتعاقدين • ونحن نرى ذلك معه أيضا ونضيف اليه أن هذا التكييف يعتبر مسألة قانونية يخضع الفصل فيها لرقابة محكمة النقض • ويجدر بنا لبيان أهمية هذا التكييف القانونى أن نقارن بين الالتزام الشرطى والشرط الجزائى ، ونلخص المقارنة فيما يأتى :

١ — ان قصد الطرفين من الالتزام الشرطى انما هو انشاء التزام ما كان ليوجد لولا الاتفاق عليه ، وقد علق الطرفان وجود هذا الالتزام على أمر مستقبل لتعذر علمهما وقت الاتفاق بتحقق هذا الأمر المستقبل أو عدم تحققه ، اذ لو علما ذلك لرتبا علاقتهما على أساسه ترتيبا باتا • أما الشرط الجزائى فهو تقدير اتفاقى للتعويض الذى يلتزم به أحــد الطرفين عند ارتكابه خطأ يضر بالطرف الآخر • فهو اتفــاق لا ينشىء الالتزام بالتعويض ، وانما يفرض قيام هذا الالتزام بسبب فعل ضار أو اخلال بتعهد سابق ، ثم يقدر قيمة التعويض بدلا من ترك التقــدير الى القاضى •

٢ — يترتب على ذلك أن الالتزام الشرطى يصير مستحقا بمجــرد تحقق الشرط (وهو وقوع الطلاق فى هذه الحالة) ، بصرف النظر عن وقوع خطأ من المدين أو اصابة الدائن بضرر ، ويعتبر مستحقا من وقت الاتفــاق ، لا من وقت تحقق الشرط ، بناء على المــادة ١٠٥ مدنى التى تجعل للشرط أثرا رجعيا • أما الشرط الجزائى فلابد فى تطبيقه من توافر عناصر المسئولية وأهمها الخطأ فى جانب المدين والضرر فى جانب الدائن ، ولا يكون لتطبيقه أثر رجعى •

٣ — فاذا اعتبرنا الاتفاق على دفع مبلغ فى حالة الطلاق التزاما شرطيا فلا يطلب من المطلقة الا اثبات الاتفاق وتحقق الشرط وهو مجرد وقوع الطلاق ، أما اذا اعتبرناه شرطا جزائيا كان عليهـا أن تثبت خطأ الزوج فى ايقاع الطـلاق واصابتها بضرر من جراء ذلك • والفرق بين عبء الاثبات فى كل من الحالتين جسيم •

٤ — ان من قواعد الالتزام الشرطى أنه اذا تحقق الشرط بفعـل الدائن فان تحققه يكون فى حكم التخلف ولا يترتب عليه وجود الالتزام (السنهورى بك فى الموجز ص ٤٨٢ نبذة ٤٧٤) • وفى هذه الحالة يكتفى من الزوجة أن تثبت مجرد وقوع الطـلاق ، ويكون على الزوج أن يثبت أنه اضطر الى ايقاع الطلاق بفعلها • أما قواعد الشرط الجزائى فتجعل على الزوجة اثبات خطأ الزوج فى استعمال حق الطلاق ، وهـذا يقتضى منها أن تنفى وقوع أى خطأ منهـا يمكن أن يكون قـد دفع الزوج الى تطليقها •

وبالرغم من هذه الفروق الجوهرية بين الالتزام الشرطى والشرط الجزائى ، ومع أن المحـكمة الابتدائية قـد فصلت فى ذلك صراحة بأن وصفت الاتفـاق بأنه التزام شرطى لا شرط جـزائى ، فا نمحـكمة الاستئناف ومحكمة النقض لم تعرضا فى شىء لهـذه النقطة القانونية ، وانما انصرف همهما الى اعمال هذا الاتفاق باعتباره غير مخالف للشريعة الغراء ولا للنظام العام • بل اننـا نلمح فى عباراتهما أثرا كبيرا للتردد القائم فى ذهنهما • وبيان ذلك أن محكمة الاستئناف بدأت بقولها :

« وحيـث ان الاستئناف بنى عـلى سببين : الأول أن الاقـرار موضوع النزاع جاء خاليا من ذكر سبب الدين ، والثانى أن سبب الدين غير مشروع لأنه تعويض للمستأنف ضدها يستحق لها فى حالة طلاقها • وحيث ان محكمة أول درجة تناولت فى حكمهـا الرد على هذين السببين بغاية التفصيل سواء من الوجهة الشرعية أو من الوجهة القانونية • وهذه المحكمة تقـرها على ما أبدته فى أسبابها وتوافقهـا على ما رأته من أن

التعهد من قبل الزوج بدفع تعويض لزوجته عن الطلاق لا يخالف الشريعة الغراء ولا النظام العام » .

وهو قول صريح فى أن محكمة الاستئناف تقر المحكمة الابتدائية على تكييف الاتفاق على التعويض عن الطلاق بأنه التزام شرطى لا شرط جزائى . ولكنه يتعارض مع ما ذكرته محكمة الاستئناف فى حيثية تالية قالت فيها :

« وحيث انه بعد الأخذ بمبدأ أن مثل هذا التعهد جائز قانونا فان المستأنف ضدها لا تستحق التعويض بمجرد وقوع الطلاق بل يجب أن لا يكون وقوعه مترتبا على عمل حصل من جانبها كسوء السلوك مثلا أو غيره ، ويشترط أن يكون قد نالها ضرر من وقوعه ، وهذه مسائل موضوعية تقدرها المحكمة فى كل دعوى حسب ظروفها وملابساتها » (المحاماة ٢٠ ص ١١٤٨) .

ووجه التعارض بين هاتين الحيثيتين أن الالتزام الشرطى كما بينا يصير مستحقا بمجرد تحقق الشرط (وهو فى هذه الحالة مجرد وقوع الطلاق) ، بصرف النظر عن اصابة الدائن بضرر ما . أما اشتراط وقوع الضرر فهو من قواعد الشرط الجزائى لا الالتزام الشرطى . فالجمع بين اقرار المحكمة الابتدائية على التكييف الذى ذهبت اليه وبين اشتراط وقوع الضرر لامكان تطبيق الاتفاق على التعويض هو جمع بين النظريتين المتعارضتين اللتين وازنت بينهما المحكمة الابتدائية ورجحت احداهما على الثانية .

وقد مرت محكمة النقض على هذا التردد وهذا التعارض دون أن تعرض اليهما فى شىء ، مكتفية بأن تقرر أن الاتفاق على تعويض الزوجة عند طلاقها اتفاق مشروع واجب الاحترام ، ولكن يؤخذ من بعض عباراتها أنها نظرت الى هذا الاتفاق نظرة تغاير نظرة المحكمة الابتدائية اليه ، وهى أقرب الى اعتباره شرطا جزائيا منها الى اعتباره التزاما

شرطيا ، اذ قالت فى ذلك : « وبما أن مناط ما تركز فيه البحث فى الحكم الابتدائى والحكم الاستئنافى وفى وجوه الطعن هو ما اذا كان اتفـاق الزوج على تضمين زوجته اذا ما طلقها يمس النظام العام من ناحية أن هذا الاتفاق يقيد بطبيعته حريته الكـاملة التى منحته اياها الشريعـة الاسلامية فى تطليق زوجته اذا ما قامت عنده أسباب خاصة تدعوه الى ذلك بأن يضطره اما الى كشف هذه الأسباب وتفويت حكمة الشريعـة الاسلامية والنظام العام فى سترها ، واما الى الرضاء بتأدية التعويض كرها — أتاوة لعمله فى ستر ما رغب الشارع فى ستره — وبهذا يحـرم بطريق غير مباشر من حريته فى التطليق ••• وبما أن ما قال به الطاعن من مخالفة النظام العام اذا ما اضطر الزوج بدعوى التضمين الى بيان سبب الطلاق وكشف مستوره انما جاء تفريعا عن نظرية الطاعن غير المسلم بها من أن الشريعة حظرت اذاعة سبب الطلاق • ومتى أهملت هذه النظريه تعين طرح ما تفرع عنها ، وامتنع القول بأن الإتفاق على تعويض الزوجة عند طلاقها هو اتفاق غير مشروع لمساسه بأحكام الشريعة الاسلامية وبالنظام العام ، وأصبح لزاما احترام مثل هذا الاتفاق • وهنا ينتقل النظـر الى نقطة أخرى وهى انه مع التسليم بمشروعية الاتفـاق على تعويض الزوجة عند طلاقها ، فانه لا مراء فى أن للزوج الذى فى عنقه هذا الالتزام أن يتحلل منه اذا كانت الزوجة هى التى دفعته بفعلها الى الطلاق الذى تطلب تضمينها عنه » •

وقد تحمل هذه العبارة الأخيرة التى تجعل للزوج الذى فى عنقـه هذا الالتزام أن يتحلل منه اذا كانت الزوجة هى التى دفعته بفعلها الى الطلاق ، على أن المحكمة ترى فى هذا الاتفاق التزاما شرطيا ، ولكن ينفى ذلك ما رددته المحكمة فى هـذه الحيثية ذاتها من عبارات « التعويض » و « التضمين » • واذا كـانت المحكمة قـد كلفت الزوج أن يثبت أنه اضطر الى ايقاع الطلاق بسبب فعل الزوجة ، فما ذلك الا قلبـا لعبء الاثبات فى المسئولية المدنيـة والشرط الجزائى نتيجة للأخـذ بالقرائن القضائية •

وبناء على ذلك نرى أن عبارات محكمة النقض ترجح اعتبار الإتفاق على تعويض الزوجة عند طلاقها شرطا جزائيا ، لا التزاما شرطيا ، يؤيد ذلك نية المتعاقدين لأنهما لم يقصدا انشاء التزام قائم بذاته دون نظر الى حصول ضرر للزوجة ، بدليل استعمالهما لفظ التعويض ، ولم يقصدا أن تستحق الزوجة المبلغ المقدر من وقت حصول الاتفاق عليه ، بل من وقت وقوع الضرر الناشىء عن الطلاق •

ونرى انه كان يجدر بمحكمة النقض أن تعرض لهذه المسألة عرضا مباشرا ، وأن تعدل التكييف الذى ذهبت اليه المحكمة الابتدائية والذى أقرتها عليه محكمة الاستئناف بحكمها المطعون فيه ، وأن تقرر فى صراحة أن مثل هذا الاتفاق يعتبر حسب نية الطرفين شرطا جزائيا لا التزاما شرطيا •

ولعل محكمة النقض قد تحاشت ذلك تجنبا منها لحرج ظنت أنها تقع فيه لو أنها كيفت هذا الاتفاق بأنه شرط جزائى ، لأن نظرية المحكمة الابتدائية هى أن هذا الشرط الجزائى يكون باطلا لترتبه على التزام أصلى باطل •

وعندى أن هذا الحرج لا محل له ، وانه ناشىء عن اعتقاد خاطىء بأن الشرط الجزائى لا يكون الا التزاما تابعا لالتزام تعاقدى أصلى ، وأرى أن نظرية المحكمة الابتدائية لا يصح الأخذ بها على اطلاقها ، بل ينبغى فيها أن نفهم الشرط الجزائى على حقيقته ، وهو أنه تقدير اتفاقى للتعويض الناشىء عن المسئولية ، سواء كانت تلك المسئولية تعاقدية أو تقصيرية لأن المسئولية التقصيرية يجوز فيها كما يجوز فى المسئولية التعاقدية الاتفاق مقدما على مقدار التعويض الذى يترتب عليها (أنظر مازو نبذة ٢٦٤١) ، ومثل ذلك الاتفاق على مقدار التعويض الذى يلتزم به أحد الجيران قبل الآخرين عن الضرر الذى يسببه لهم سواء بملكه أو بالأشخاص أو الحيوانات التى فى رعايته • ولا يهمنا بعد هذا الفهم أن يكون التعهد بالامتناع عن الطلاق تعهدا باطلا ، مادام من المسلم به أن

ايقاع الطلاق حق مقيد ، يمكن أن يساء استعماله ، وتترتب على هـذه الاساءة مسئولية المطلق مسئولية تقصيرية (راجع ما سبق فى ص ١٩٠) ، ومـادام ان هـذا النوع من المسـئولية كالمسـئولية التعـاقدية ، يمكن أن يكون محل شرط جزائى • فالاتفاق على تعويض الزوجة فى حالة طلاقها ، يكون على هذا الأساس اتفاقا صحيحا واجب الاحترام • فاذا ما أوقع الزوج الطلاق ، فاما أن يكون ذلك لمسوغ شرعى من فعل الزوجة أو أخلاقها ، فلا تكون ثمت مسئولية على الزوج ولا ينطبق عليه الشرط الجزائى ، باعتبار أن الضرر الذى أصاب الزوجة راجع الى فعلها هى • وامـا أن يكون ذلك لغير مسوغ شرعى ، فيعتبـر اساءة من الزوج فى استعمال حق الطلاق ، تترتب عليها مسئولية الزوج مسئولية تقصيرية ، يكون الأصل فيها أن يتولى القاضى تقـدير مبلغ التعويض ، ولكن متى كان الطرفان قد اتفقا سلفا على هذا المبلغ ، وجب العمل بما اتفقا عليه •

اساءة استعمال حق الطـلاق (*) — شاع الاعتقـاد بأن حق الطلاق مطلق ، للزوج أن يستعمله كمـا يشاء بغير ابداء الأسباب وبلا مسئولية عليه فى ذلك ، حتى لو أضر بمطلقته ضررا بليغا ، وقـد حكمت بذلك محكمة استئناف مصر فى ٢٢ يناير ١٩٣٦ ، اذ قررت أن الزوج اذا طلق زوجته غداة العقد عليها ، فلا جناح عليه فى ذلك ، ولو كانت الزوجة مدرسة وقدمت استقالتها عقب الزواج وقبل وصول وثيقة الطلاق اليها ، ورغم ما يحوم حولها بسبب هذا الطـلاق السريع المفاجىء من شبهات وأقاويل تؤثر فى سمعتها الأدبية بل وفى رزقهـا أيضا وحياتها المادية ، وبنت حكمها على أن نظرية سوء استعمال الحقوق تجعل الحق غير شرعى اذا لم يقصـد باستعماله سوى الاضرار بالغير ، أما استعماله لتحقيق منفعة شخصية فلا تنشأ عنه مسئولية ما ، وأن المطلق حسبه أن يكون قد رغب الخلاص من الزوجية حتى يكون فى استعمال حقه فى التطليق منفعة له ، فلا يسأل عن ذلك • وقالت المحكمة فى ذلك « انه لا عبرة بما تدعيه المستأنف ضدها من أن المستأنف يقصد بالطلاق التشهير والنكاية بها ،

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة فبراير ١٩٣٧ ص ٣٥٢ •

لأن علاقته معها قبل العقد عليها كانت علاقة حسنة ، لأنها كانت تعطى دروسا خصوصية لأولاده ، فلا يعقل أن يطلقها فى اليوم التالى الا اذا كان هناك سبب فجائى قد حمله على هذا الطلاق ، كما انه لا يمكن أن يقال انه هو الذى حملها على الاستقالة وحرمت بذلك من وظيفتها ، لأنه لم يقم من جانبها أى دليل على انه أرغمها على الاستقالة ، بل الثابت بالعكس انها هى التى قدمت فى اليوم التالى لزواجها طلب الاستقالة من نفسها » (المحاماة ١٧ — ١١٩ — ٥٨ وانظر فى هذا المعنى أيضا مصر الكلية ٩ نوفمبر ١٩٣١ المحاماة ١٥ — ٢ — ٢٥٦ — ١٢٧ ، استئناف مختلط ٢٠ يونيه ١٩٢٢ الغازيت ١٣ — ٥٥ — ٩٩ ، استئناف مصر ١٨ ديسمبر ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ٤٩٧ — ٣٢٥ وانظر فى نقد هذين الحكمين الأخيرين السعيد مصطفى السعيد فى مدى استعمال حقوق الزوجية وما تتقيد به فى الشريعة الاسلامية والقانون المصرى الحديث ص ٢٥١ وما بعدها) (١) .

وانا لو سلمنا بما ذهب اليه هذا الحكم ، عمت الفوضى الخلقية جميع البلاد ، وجاز للشبان المستهترين أن يستبيحوا لأنفسهم أعراض فتيات الأسر ، فيعقدوا عليهن ثم يطلقوهن فى اليوم التالى لغير سبب سوى الخلاص منهن ، وبدون مسئولية عليهم فى ذلك . وحاشا للشرع والقانون أن يجيزا مثل هذه الفوضى ، فالشريعة الاسلامية تحظر الطلاق الا لحاجة ماسة اليه ، وتقيد استعماله بوجوب مطابقته للحكمة التى دعت الى تشريعه وهى الخلاص من رابطة الزوجية عند تباين الأخلاق وتعذر الوفاق بحيث يفوت الغرض المقصود من الزواج وينقلب مضرة ، وتقيده أيضا بوجوب أن يكون استعماله بحيث لا يترتب عليه ضرر بالزوجة يزيد على ما ينشأ عادة عن حل رابطة الزوجية ، فاذا لم يراع الزوج هذه القيود وطلق زوجته من غير داع شرعى للطلاق وجبت عليه

---

(١) انظر فى هذا المعنى ١٦ ديسمبر ١٩٣٧ المحاماة ٨ — ٥٨٩ — ٢٩٨ ، وايضا ٣ مايو ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ — ١١ — ٤ ، نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض ٢٨ — ٨١٢ — ١٤٤ ، نقض مدنى ٢٠ مارس ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ — ٤٥٨ — ٧٤ — وايضا ٢٨ ديسمبر ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض ١٨ — ١٩٤٣ — ٢٩٣ .

المتعة لمطلقته ــ وفقا لرأى المالكية والشافعية ــ على سبيل التعويض عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق (السعيد مصطفى السعيد من ص ٢٣٤ الى ص ٢٤٥) (*) .

وقد حكم بذلك بعض المحاكم الابتدائية ، فجعلت الزوج مسئولا عن اساءة استعمال حقه فى الطلاق ، وألزمته بتعويض ما يلحق الزوجة بسبب ذلك من ضرر أدبى أو مادى (شبين الكوم ١٠ ديسمبر ١٩٣٠ المحاماة ١١ ــ ٥٤٠ ــ ٢٧٧ ، مصر ٢٠ يناير ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ ــ ١٠٧ ــ ٦٥ المحاماة ٦ ــ ٣٣٣ ــ ٢٥٥ ، مصر ١٠ ديسمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ــ ١١٣٣ ــ ٥٦٤) .

أما ما ذهب اليه حكم الاستئناف الذى رأينا أن نعرض له فى هذه التعليقات ، من أن المطلق حسبه أن يكون قد رغب الخلاص من الزوجية حتى يكون فى استعمال حقه فى التطليق منفعة له ، فلا يكفى لرفع مسئولية الزوج عن الضرر الذى يزيد عما يلحق الزوجة عادة بسبب حل رابطة الزوجية ، ولا سيما اذا كان الزوج لم يراع منتهى الحذر فى استعمال حقه فى التطليق ، والواقع فى هذه القضية أن المطلقة أصابها ضرر مادى بضياع وظيفتها عليها ، وآخر أدبى بسبب سرعة تطليقها عقب العقد ، وكلاهما لا يدخل فيما يصيب المطلقة عادة من ضرر بسبب الطلاق ، فلا يكفى فى تبريرهما كون الزوج قصد منفعة شخصية له ، هى مجرد الخلاص من زوجته قبل انقضاء ٢٤ ساعة من وقت عقده عليها .

ثم ان ايقاع الطلاق بمثل هذه السرعة لا يخلو من رعونة وعدم تبصر ، وفيه اخلال بما يجب من الحرص على عدم الاضرار بالغير ،

(*) المتعة هى ما يدفعه الرجل لمطلقته بعد الفرقة بينهما (احمد ابراهيم بك الاحوال الشخصية نبذة ٢٠٣ ، السعيد مصطفى السعيد ص ٢٤٠) ، ويرى الشافعية والمالكية أنها تجب للمطلقة تطبيبا لنفسها وجبرا لايحاشها ، ويستنبط الدكتور السيد مصطفى السعيد من ذلك أن وجوبها بهذه الكيفية يجعلها تعويضا للمطلقة عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق [illegible] ٢٤٥) .

ومهما قيل من أسباب تبريره ، فان تلك الأسباب لابد أن يكون قيامها سابقا على عقد الزواج ، ويكون الزوج مقصرا فى عدم تحريها قبل العقد ، مادام قد أمكنه معرفتها فى الفترة الوجيزة فيما بين العقد والطلاق ، فلا نزاع فى أن الزوج فى هذه القضية قد خرج بحق الطلاق عن الحكمة التى وضع لأجلها . وفى أنه استعمله فى غير حذر ولا حرص ، وفى أنه ألحق بمطلقته ضررا غير عادى ، فوجب عليه تعويضها عن ذلك .

المسئولية عن الاجراءات الكيدية وعن التواطؤ بشأنها (*) :

لا نزاع فى أن الالتجاء الى الاجراءات القضائية حق للخصوم ، غير أنه اذا باشر بعضهم هذا الحق ، لا لغرض سوى الاضرار بغيره ، عد متجاوزا لحقه ، ومرتكبا خطأ يقتضى مسئوليته ، ولكنه لا يسأل الا اذا تعين وجه الخطأ فى تصرفه وثبت عليه ذلك ثبوتا كافيا . واذا اشترك فى الاجراءات الكيدية غير واحد من الخصوم ، أو باشرها أحدهم باتفاقه مع غيره ممن يتحدون معه فى مخاصمة غريمه ، فلا مسئولية الا على من يثبت خطؤه أو قام الدليل على تواطئه مع المخطىء .

ولابد فى الحكم بالمسئولية من تعيين الواقعة التى يتكون منها الخطأ ، وبيان الظروف التى تستخلص منها عناصر التواطؤ . وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بالمسئولية بالتضمان دون مراعاة لما تقدم ، فى قضية شخص قيل أنه أوقع حجزا على مبلغ مودع بخزانة محكمة أسيوط على ذمة بائع ممن اشترى منه العين التى يدعى الحاجز ملكيتها ، وكان الحاجز قد تلقى ملكية هذه العين عن طريق الشراء من وارثين مع البائع المحجوز عليه ، فقضت المحكمة بمسئولية الحاجز والبائعين اليه بالتضامن ، وقد ألغت محكمة النقض فى ٢١ مايو ١٩٣٦ حكم استئناف أسيوط لأنه « لم يعن ببيان الوقائع التى استخلص منها عناصر اتحاد المحكوم عليهم وتوافقهم على المعاكسة وتعطيل صرف المبلغ المودع

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة فبراير ١٩٣٧ ص ٣٥١ .

بخزانة محــكمة أسيوط ولم يبين من منهم الذى تسبب بخطئه فى تعطيل صرفه وخصوصا أن الطــاعن كان يستظهر على خصومه بأنه لم ينــذر المشترى بعدم دفع باقى الثمن لبائعه ولا أنه حجز عليه بذمته ... » (المحاماة ١٧ — ١٨٠ — ٨١) .

وهذا الحكم يؤيــد ما سبق أن ذهبت اليه محكمة النقض ، من أن تقدير الخطأ مسألة قانونية خاضعة لرقابتهــا (نقض مصرى مدنى ١١ يناير ١٩٣٤ القانون والاقتصاد ٤ ملحق ٣ ص ٥٣ المحاماة ١٤ — ١ — ٢١٩ — ١٢٢ مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ٨٦٤ — ١٥٧ ، نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ٨٤٠ — ١٣٧ ، ٢٩ يونيه ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض ٢٧ — ١٤٥٤ — ١٧٦ و ٢٨ مارس ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨ — ٨١٢ — ١٤٤ و ٢٠ دبسمبر ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض ٣٠ — ٣ — ٣٣٧ — ٤٠١ ، و ٢١ يناير ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٥١٦ سنة ٤٨ ق مجموعة أحكام النقض ٣٣ — ١٦٠ — ٣٠ ؛ و ١١ يناير ١٩٨٣ فى الطعن رقم ١١٦٠ سنة ٤٧ ق ، و ٢١ يونيه ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٩٨ سنة ٣٩ ق ، و ٨ ديسمبر ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٨٧٣ سنة ٤٩ ق وما بعدها (١) ، ويستفاد منه أيضا أن تقدير التواطؤ مسألة قانونيــة كذلك .

خطأ المصــاب وأثره فى التعويض الذى يطلبــه والــده بصــفته الشخصية (*) :

من المبادىء المسلم بهــا فى القــانونين الفرنسى والمصرى أنه اذا

---

(١) راجع ما تقدم فى ص   وانظر فى التفرقة بين استخلاص الفعل المكون للخطأ من وقائع الدعوى وبين تكييف هذا الفعل بأنه خطأ ودخول الاول فى سلطة قاضى الموضوع والثانى فى رقابة محكمة النقض مؤلفنا فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ، القسم الاول (ضمن مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية) سنة ١٩٧١ ص ٤٦٢ وما بعدها ويضاف نقض مدنى ٣٠ يونيه ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ —١٤٩٧ — ٢٠٨ ، ١٢ يونيه ١٩٧٣ .

(*) منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ١٣ عدد مارس وابريل ومايو سنة ١٩٤٣ ص ٣٤٦ .

اشترك المصاب بخطئه مع المتسبب الأصلى فى احـداث الضرر ، وجب توزيع المسئولية بينهما وترتب على ذلك تخفيض التعويض الذى كـان يستحقه المصاب لولا ما وقع منه من خطأ (راجع فى أصل هـذا المبـدأ وتطور صوره المختلفة كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٣٢٢ وما بعدها وباللغة الفرنسية ص ٣٢٠) • ومن المسلم به أيضا أنه اذا طالب ذوو المصاب بحقه فى التعويض ، جاز للمسـئول أن يدفع الدعوى بخطأ المصاب توصلا الى نفى المسئولية عنه كلية أو الى تخفيضها على الأقل • ولكن أيجوز له ذلك اذا كان المطالب بالتعويض أبا المصاب بصفته الشخصية عن الضرر الذى لحق به هو من جراء وفاة ولده بخطأ المسئول ؟ يظهر بادىء الأمر أنه لا يجوز له ذلك ، لأن أبا المصـاب اذ يطالب بتعويض الضرر الذى لحق به شخصيا يكون هو مصابا ثانيا ، ولا يصح أن يحتج عليه بخطأ المصاب الأول اذا لم يكن هو مسئولا عنـه • ولكن هذه النظرة الأولية تصطدم مع شعورنا بالعـدالة ، اذ لا يمكن أن نسلم بأنه اذا ألقى شخص بنفسه تحت عجلات سيارة مسرعة قاصـدا الانتحار ، فنتجت عن ذلك وفاته ، يكون لذويه الحق فى المطالبة بتعويض عن الضرر الذى أصابهم شخصيا بمقولة ان الخطأ الذى وقع من المصاب الأول لا يجوز الاحتجاج به عليهم •

وهذا الشعور بالعدالة هو الذى حدا محكمة الاستئناف فى قضية مدرسة جمعية الايمان السالف ذكرها الى تخفيض قيمة التعويض الذى طالب به الأب ، مراعية فى ذلك ما وقع من التلميذ من خطأ ، بعـد أن قالت انها ترى أن التلميذ وقد بلغ عمره ١٢ سنة وقت الحـادثة أصبح عنده من التمييز قدرا كان يستطيع معـه أن يدرك شيئا ما من خطورة الموقع الذى هلك فيه (استئناف مصر ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ١١٦٦ — ٤٩٣) •

ونحن نقر المحكمة على ما ذهبت اليه فى هذا الحكم ، وفى الوقت ذاته نسـلم بأن الاعتراض الـذى يقوم ضده بادىء الأمر اعتراض له وجاهته ، ولكنه لا ينطبق على مثل هذه الحالة ، وذلك انه من الخطأ أن

نعتبر أن مسئولية المدرسة قبل الأب ، وهو المصاب الثانى ، مختلفة عن مسئوليتها قبل الابن وهو المصاب الأول (لو أنه أصيب بعاهة مستديمة ولم يمت) ، اذ أن الضرر الذى لحق بالمصاب الثانى ليس الا نتيجة للضرر الذى حل بالمصاب الأول ، مما يجعل مسئولية المدرسة عن الضرر الثانى مقيدة بمسئوليتها عن الضرر الأول ، وبما أن مسئوليتها عن الضرر الأول تنتفى اذا كان خطأ المصاب الأول يجب خطأها (كما فى حالة الشخص الذى انتحر بالقاء نفسه تحت عجلات السيارة) أو تنقص اذا اشترك المصاب الأول فى احداث العمل الضار بخطأ لا يجب خطأ المسئول الأول (كما فى حالتنا هذه) ، فان مسئوليتها عن الضرر الثانى — الذى هو نتيجة للضرر الأول — تتبع نفس المصير ، فتنتفى كذلك أو تنقص حسب الأحوال .

أثر رضا المصاب فى دفع المسئولية المدنية (*) — قبلت احدى شركات الأراضى وكثيرون غيرها من الملاك المنتفعين بمصرف عمومى القاء ناتج تطهير هذا المصرف بأراضيهم دون أن يكون لهم حق المطالبة بأى تعويض ، ثم باعت أرضها ، ورضى المشترى بهذه الحالة مدة من الزمن . ولكنه طالب أخيرا وزارة الأشغال بتعويض عن الضرر الذى أصابه بشغل أرضه بالأتربة الناتجة من التطهير ، وقد حكمت له المحكمة الابتدائية بالتعويض ، ومحكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم بناء على ما ثبت لديها من رضا المشترى بهذه الحالة من سنة ١٩٢٤ الى سنة ١٩٣٣ تاريخ رفع الدعوى .

وقد رفضت محكمة النقض فى ٢٧ فبراير ١٩٣٦ الطعن الذى رفع اليها عن حكم محكمة الاستئناف ، وأيدت ما ذهبت اليه هذه المحكمة من اعفاء وزارة الأشغال من كل مسئولية بناء على رضا المالك بالفعل الذى نشأ عنه الضرر بأرضه (المحاماة ١٦ — ٨٧٧ — ٤٠١) .

وقد أصاب هذا الحكم الحل الصحيح طبقا لقاعدة « أن رضا

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة عدد ابريل سنة ١٩٣٧ .

المصاب بالضرر يبطل أثره » Volenti non fit injuria • غير أنه يجب التحرز من تعميم هذه القاعدة ، لأنها لا تنطبق الا على الضرر الذى يلحق المال فقط دون النفس (راجع فى تفصيل ذلك سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ من ص ٣٠١ الى ٣٢١ وباللغة الفرنسية من ص ٣٠٠ الى ص ٣١٩) •

مدى مسئولية المهندس والمقاول وأساس التضامن بينهما (*) :

تنقضى التعهدات بالوفاء بها ، فلا مسئولية على المتعهد بعد قيامه بما تعهد به وتسليمه الى الدائن ، وكان يتعين تبعا لذلك أن تنقضى مسئولية المقاول والمهندس متى سلما المالك المبانى التى تعهدا له بها ، ولكن لأنه يتعذر على المالك أن يتحقق وقت تسلمه المبانى من مطابقتها لأصول الفن ومن خلوها من كل عيب ظاهر أو خفى ، رأى المشرع أن يجعل المهندس المعمارى والمقاول مسئولين بالتضامن عن خلل البناء فى مدة عشر سنين ولو كان الخلل ناشئا عن عيب الأرض أو كان المالك أذن فى انشاء أبنية معيبة (المادة ٤٠٩/٥٠٠/١٧٩٢ و ٢٢٧٠ مدنى) • فجاءت هذه المسئولية المقررة بنص خاص استثناء من القواعد العامة المتعلقة بالمسئولية التعاقدية لا من حيث استمرارها بعد انقضاء التعهد الأصلى فحسب ، بل أيضا من حيث قيامها بدون اثبات خطأ المهندس أو المقاول ، ومن حيث امتناع دفعها بنفى الخطأ عن أيهما أو باثبات وجود عيب فى الأرض أو بالتمسك برضا المالك بالأبنية المعيبة (بلانيول ج ٢ نبذة ١٩٠٩ و ١٩١٥ جوسران ج ٢ نبذة ١٢٩٨) •

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف مصر فى ٥ نوفمبر ١٩٣٥ (المحاماة ١٦ — ٧٠٢ — ٣٢٨) بأن هذه المسئولية ليست مقصورة على حالة مخالفة المواصفات المذكورة فى العقد ، بل تشمل كل نقص فى الأعمال اللازمة لسلامة البناء ولو لم ينص عليها فى العقد • فمتى ظهرت ضرورة عمل ميدة مسلحة تعين على المقاول النص عليها فى العقد وتنبيه المالك اليها ، حتى اذا تجاوزها وأشار بعدم عملها كان المقاول مسئولا

(*) منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة ، ابريل ١٩٣٧ ص ٦٥٦ •

أمامه عند حدوث خلل فى البناء بسبب ذلك فى مدة عشر السنين التـالية لتسلم البناء ، ولم يجز له أن يحتج بعدم ذكر هذه الميدة بين الأعمـال التى تعهد فى العقد بالقيام بها ٠

وبدهى أنه مادام المقـاول لا يجـوز له أن يدفع عن نفسه هـذه المسئولية بموافقة المالك صراحة على التجـاوز عن عمل ضرورى ، فمن باب أولى لا يجوز له دفعها بالتمسك بمجرد عدم النص فى العقـد على هذا العمل الضرورى ٠

أما عن التضامن المنصوص عنه فى المادة ٤٠٩ بين المقاول والمهندس المعمارى ، مع عدم نص المواد الفرنسية عليه ، فيفترض فيه أن المـالك قد تعاقد مع كل منهما مباشرة وبدون اشتراط التضامن بينهما ، لأنه ان تعاقد مع أحدهما وكان الآخر تابعا له ، توافر التضامن بينهما بغير حاجة الى نص هذه المـادة ٠ وكذلك يفترض فيه أيضا تكليف المهندس ملاحظة أعمال البناء ، والا اقتصرت مسئوليته على ما ينشأ عن عيوب رسمه فقط طبقا للمادة ٥٠١/٤١٠ ٠ فالمـادة ٤٠٩ قد فرضت التضامن على شخصين ليس بينهما أى علاقة قانونية ، ليكون كل منهما رقيبا على عمل الآخر ، وعاملا على تلافى نقصه ، لأن عمل كل منهمـا مرتبط بعمل الآخر ومتمم له ٠ ولا شك أنه اذا تعـدد المقاولون المتعهدون للمالك مباشرة بالقيـام بالعمل كله كان كل منهم متضامنا مع المهندس ٠ ولكن أيكون متضامنا مع شركائه فى عقد المقاولة ؟

نرى قبـل الجواب عن هذا السؤال أن نشير الى التفـرقة بين التضامن التام Solidarité parfaite الذى تترتب عليه جميع الآثار الناشئة عن فكرة التمثيل والانابة بين المدينين ، وبين التضامن النـاقص Solidarité imparfaite ou obligation in solidum الذى لا يترتب عليه الا التزام كل من فاعلى الضرر بكامل التعويض ، والى أن الأول لا يكون بغير نص فى الاتفاق أو فى القانون ، بينما الثانى نتيجة طبيعية لتطبيق قواعد المسئولية والسببية (راجع سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٤٢٨ وما بعدها وباللغة الفرنسية ص ٤٥٧ وما بعدها) ٠

ولا شك فى أن التضامن المنصوص عنه فى المادة ٤٠٩ تضامن تام ، فهل يتوافر فيما بين الشركاء فى عقد المقاولة ؟

أجابت عن ذلك محكمة استئناف مصر بالايجاب فى حكمها سالف الذكر حيث قالت « ان القانون فى المادة ٤٠٩ يوجب مسئولية المقاول والمهندس بالتضامن عن خلل البناء ، فاذا كان هناك عدة مقاولين فلا شك أن مسئوليتهم واجبة التضامن أيضا مع المهندس أو المهندسين ان تعددوا ، وهذا يتفق أيضا وروح القانون فى المادتين ١٥٠ و ١٥١ مدنى ، فقد أوجب التضامن فى المادة الأولى فى الحالة المبينة بالمادة الثانية والتى تنص على أن كل فعل ينشأ عنه ضرر للغير يوجب الزام فاعله بتعويض الضرر . فاذا فرض وكان المستأنف وآخر هما اللذان باشرا عملية البناء وظهر خلل ، كانا مسئولين معا بالتضامن عن تعويض الضرر المتسبب عن فعلهما » .

ولكن بالتأمل يتضح أن هذه النظرة ليست دقيقة ، لأن النصوص المتعلقة بالتضامن التام نصوص استثنائية لا يجوز التوسع فى تفسيرها ، ولا القياس عليها .

أما عن نص المادة ٤٠٩ ، فقد بينا أن المشرع انما أراد به أن يفرض التضامن على شخصين ، هما المقاول والمهندس ، وهما لا تربطهما أى علاقة قانونية ، بل لكل منهما عمل متميز عن عمل الآخر ، ويغلب أن يكون تعاقد المالك مع كل منهما مستقلا عن تعاقده مع الآخر ، والأصل فيهما استقلال كل منهما بتعهده بدون تضامن مع غيره ، فجاء نص المادة ٤٠٩ استثناء من ذلك الأصل بقصد فرض التضامن بين المهندس والمقاول . فاذا تعدد المهندسون أو المقاولون وكان تعهد كل فريق منهما بعمل الهندسة أو المقاولة بأكمله ، توافرت الرابطة القانونية بين أعضاء كل فريق ، وجاز للمالك أن يشترط التضامن عليهم ، فان لم يفعل لم يجز له الاستناد الى التضامن المنصوص عنه فى المادة ٤٠٩ لربط المهندس والمقاول بعضهما ببعض . وأصبح أعضاء كل فريق متضامنين مع الفريق الآخر بناء على المادة ٤٠٩ ولكنهم غير متضامنين فيما بينهم ، فاذا رفع

المالك الدعوى على أحد المقاولين مثلا ترتب على ذلك قطع المدة بالنسبة لذلك المقاول وللمهندس لقيـام التضامن بينهمـا ، ولم يكن له أى أثر بالنسبة لغيره من المقاولين لانعدام التضامن بينه وبينهم مع التزام كـل منهم بكامل التعويض •

فالمادة ٤٠٩ لا يستفاد منهـا قيام التضامن التـام بين المقاولين المتعددين (١) ، وهى لم توضع لهذا الغرض أصلا ، بل الواقع أن كلا من هؤلاء المقاولين بحكم تعهده بعمل المقاولة بأكمله ، وبحكم تضامنه شخصيا مع المهندس ، يجوز مطالبته بكامل التعويض ، ولكنه لا يعتبر ممثلا باقى المقاولين ولا نائبا عنهم • وهذا هو التضامن الناقص بعينه الذى ينتج من تطبيق القواعد العامة والذى لا يحتاج فيه الى نص ، والذى أخذت به المحاكم الفرنسية لعدم نص المـادة ١٧٩٢ فرنسى على التضامن بين المقاول والمهندس •

وقد شعرت المحكمة بضعف استنادها الى هذا النص ، فلجأت الى تلمس روح القانون فى المادة ١٥٠ مدنى أهلى ، غير أنه لمـا كـان نص هذه المادة على التضامن تقريرا لحكم اسـتثنائى مقصور على أحـوال المسئولية التقصيرية المبينة فى المواد ١٥١ — ١٥٣ ، فلا يصح بأى حال أن يتعـداها الى أحوال المسئولية التعـاقدية المترتبة على المقـاولين المتعددين ، ولو عن طريق الاستدلال منها على روح القانون •

تقـدير التعويض وواجب المضرور فى وقف الضرر (*) :

تسربت الميـاه من مواسير تابعة لوزارة الأشغال الى جدار منزل مملوك لأحد الأفراد ، فأحدثت بالمنزل خللا استوجب اخلاءه ، ورفـع

---

(١) المادة ٤٠٩ / ٥٠٠ تنطبق فى حالة هدم المبانى ولكنها لا تنطبق على الاساسات التى لم تقم فوقها مبانى .

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٩ عدد مارس ويونيـه ١٩٤٩ .

المالك دعوى على الوزارة مطالبا اياها بتكاليف اصلاح المنزل ومقابل ريعه الى حين اصلاحه وامكان تأجيره . وطالت اجراءات التقاضى مدة ارتفعت فى أثنائها الأسعار وزادت تكاليف اصلاح المنزل زيادة كبيرة ، فحكمت المحكمة بمسئولية الوزارة عن الخلل الذى أصاب المنزل وألزمتها بنفقات اصلاحه على أساس الأسعار الجارية وقت الحكم وبقيمة ريعه من وقت وقوع الفعل الضار الى وقت الحكم مع مراعاة ما يستغرقه الاصلاح من زمن بعد صدور الحكم . فطعنت وزارة الأشغال فى هذا الحكم بأنه اذ قدر تكاليف الاصلاح على أساس ما كانت تساويه وقت الحكم لا وقت وقوع الضرر ، واذ ألزم الطاعنة بمقابل الخلو عن مدة التقاضى كلها لا عن المدة اللازمة للاصلاح فحسب ، قد خالف القانون ، ذلك أن حق التعويض ينشأ ويتحدد عند وقوع الفعل الضار ولا يؤثر فى هذا الحق من المؤثرات الا ما يرتبط والفعل ارتباط العلة بالمعلول . وابطاء المطعون ضده فى رفع الدعوى والخبراء فى مباشرة العمل والقضاء فى الحكم ، مع انخفاض سعر العملة واشتداد الغلاء فى هذه الأثناء ، كل ذلك عوامل منقطعة الصلة بالفعل الضار ، ثم ان من واجب المضرور أن يسعى لجبر الضرر فان تهاون فاستفحل الضرر كانت مغبة تهاونه عليه .

وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن بحكم أصدرته فى ١٧ أبريل ١٩٤٧ (المحاماة ٢٨ — ٧٥٩ — ٢٤٩) وقررت فيه المبادىء الآتية :

١ — ان التعويض انما يقدر بقدر الضرر ، ولئن كان تقديره من المسائل الواقعية التى يستقل بها قضاة الموضوع ، فان تعيين العناصر المكونة للضرر قانونا والتى يجب أن تدخل فى حساب التعويض من المسائل القانونية التى تهيمن عليها محكمة النقض لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانونى للواقع .

٢ — ان التعويض لا يكون كافيا لجبر الضرر اذا لم يراع فى تقديره قيمة الضرر عند الحكم . فاذا كان الضرر متغيرا تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار اليه عند الحكم مراعيا التغيير فى

الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها الى خطأ المسئول أو نقص كائنا مـا كان سببه ، ومراعيا كذلك التغيير فى قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقـد أو انخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لاصلاح الضرر أو نقصها ٠

٣ ــ انه لا وجـه للقول بأن المضرور ملزم بالعمل على اصـلاح الضرر ٠ فان تهاون كانت تبعة تهاونه عليه ، لأن التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على المضرور أن ينتظـر حتى يوفى المسـئول التزامه ٠

وانى أرى أن المبدأين الأولين جديران بالتنويه وأن الثالث فى حاجة الى ضبط وتحديد ٠

فالمبدأ الأول يفرق بين تعيين الضرر الذى يجب تعويضه وبين تقدير القيمة النقدية لهذا الضرر وهى قيمة التعويض ٠ فالضرر الذى يستوجب التعويض يجب أن يكون محققا لا احتماليا ، وأن يكون ناشئا مباشرة عن الفعل الضار سواء أكان خسارة لحقت المصاب أم كسبا ضـاع عليه ٠ ويعتبر توافر هذه الشروط فى الضرر مسألة قانونية يتوقف عليها جواز الحكم بتعويضه أو عدمه ، ويخضع القاضى فى تقدير هذه الشروط لرقابة محكمة النقض ٠ فاذا لم يكن ثمت خلاف على توافر هذه الشروط فى كل من عناصر الضرر المطلوب تعويضه فان تقدير قيمة هذا الضرر بمبـلغ نقـدى يحـكم به على سبيل التعويض يكون مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضى ، فيستطيع هذا أن يلجأ فى تحـديد قيمة التعويض الى تقدير الخبراء أو أن يقـدرها بنفسه ، دون أن يخضع فى ذلك لرقـابة محكمة النقض الا من حيث الوقت الذى اتخـذه أساسا لتقدير قيمـة الضرر ٠

والمبدأ الثانى يحدد هذا الوقت بأنه وقت الحـكم لا وقت وقوع الفعل الضار ٠ فاذا كان الضرر لم يقع كله دفعة واحـدة وقت ارتكاب الفعل الضار بل تزايد مع الزمن ، وجب ألا يقتصر التعويض على قيمـة

الضرر الذى حدث عند وقوع الفعل الضار بل يشمل كل ما تحقق من أضرار ناشئة عن هذا الفعل الى وقت الحكم ، مع حفظ حق المصاب فى الحصول على تعويض تكميلى بحكم آخر اذا استمر الضرر يتزايد بعد صدور الحكم الأول •

ومتى عين الضرر الواجب تعويضه وجب كذلك تقــدير قيمته وقت الحكم لا وقت وقوع الفعل الضار ، وذلك لأن الأصل فى التعويض اعادة الشىء الى أصله ، ولا يتسنى للمضرور تحقيق ذلك الا بعد صدور الحكم له بمبلغ التعويض ومضى الوقت الكافى للحصول على هذا المبلغ واصلاح الضرر به ، فلا يعتبر التعويض متكافئا تكافؤا حقيقيا مع الضرر الا اذا قدرت قيمته وقت الحكم على الأقل وبقطع النظر عن قيمة الضرر وقت وقوعه • ولا يجوز للمسئول أن يتذرع بأن زيادة الأسعار اللاحقة للفعل الضار ليست نتيجة مباشرة لهذا الفعل ، لا يجوز له ذلك لأن هذه الزيادة لا تدخل فى تقدير التعويض باعتبارها عنصرا مستقلا من عناصر الضرر الواجب تعويضه حتى يبحث فيها عن صلتها بالفعل الضار ، وانما تدخل فى التقدير باعتبــارها فقط أساسا لحساب قيمة الضرر المبــاشر وقت الحكم •

أما المبدأ الثالث فيتعلق بواجب المصاب فى وقف الضرر أو وضع حد له ، فقد نفت المحكمة العليا هذا الواجب نفيا باتا ، وقالت ان التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفى المسئول التزامه • ونحن نرى أن هــذا القول محل نظر لمخالفته للمبادىء العامة المسلمة •

فمن هذه المبادىء أن الفاعل لا يسأل عن الضرر الا اذا كان نتيجة مباشرة لفعله وأنه يستطيع أن يدفع المسئولية عن نفسه اذا أثبت أن الضرر راجع الى سبب أجنبى عنه كخطأ المصاب نفسه •

فالفاعل لا يسأل الا عن الضرر المباشر ، ولكن اذا تسلسلت الأضرار فأيها يعتبر نتيجة مباشرة للفعل الضار وأيها لا يعتبر كذلك ؟ لقى الفقه

والقضاء صعوبة فى ايجاد فيصل للتفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر ، واهتديا آخر الأمر الى فيصل أقرهما عليه المشرع فى القانون المدنى الجديد ، حيث نص فى المادة ٢٢١ منه على أن « يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » (وأنظر استئناف مختلط ٧ يونيه ١٩٢٨ (٤٠ ص ٤١٨) ، وموجز السنهورى ص ٣٤٥ نبذة ٣٣٥) •

ومقتضى هذا المعيار أن على الدائن أو المضرور واجبا أن يتوقى تفاقم الضرر اذا كان ذلك لا يكلفه الا بذل جهد معقول • فاذا قصر فى هذا الواجب ولم يمنع تفاقم الضرر فان ما زاد فى الضرر بسبب هذا التقصير يعتبر نتيجة مباشرة لهذا التقصير لا للفعل الضار الذى نجم عنه الضرر الأول ، ولا يسأل عنه مرتكب ذلك الفعل (راجع مذكراتنا فى الفعل الضار ص ٥٧ نبذة ٤٨) •

فمثلا اذا كان الضرر بحيث يستطيع المصاب أن يحول دون استفحاله أو أن يخففه باتباعه علاجا خاصا ، اعتبر المصاب مقصرا اذا لم يتبع ذلك العلاج ، لأنه ملزم بالعمل على تحاشى الضرر أو تخفيف وقعه عليه ، ولو اقتضى ذلك منه بعض التضحية •

وقد حكم تطبيقا لذلك بأن صاحب سيارة النقل التى تهشمت فى الحادث كان فى وسعه أن يدرأ عن نفسه خسارة ايراد تلك السيارة بشراء سيارة أخرى تقوم مقامها (استئناف مختلط ٥ فبراير ١٩٣١ « ٤٣ ص ٢٠٥ ») ، غير أنه اذا كان وقف الضرر أو تخفيفه يتطلب من المصاب أكثر من بذل جهد معقول ، أى جهدا لا يقدر عليه أو تكون فيه مشقة عليه كبيرة لا يجوز أن يطلب اليه تحملها ، فانه لا يكون مقصرا فى عدم بذل هذا الجهد (أنظر فى هذا المعنى مازو نبذة ١٤٧٤ فقرة ثانية ، وسليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٢٩٩) • وتطبيقا

لذلك قضت محكمة النقض فى ٢٨ أكتوبر ١٩٤٦ (مجموعة عاصم للأحكام الجنائية ١ — ١٠ — ٧) بأنه اذا كان الالتهاب الذى سبب الوفاة نتيجة للاصابة التى أحدثها الطاعن بالمجنى عليه ووجبت مساءلته عنها ، فــلا يرفع من مسئوليته أن المجنى عليه أو ذويه رفضوا أن تبتر ساقه وأن هذا البتر كان يحتمل معه نجاته ، اذ لا يجوز له ، وهو المحدث للاصابة ، أن يحتمى لدرء المسئولية عن نفسه وراء احجام المجنى عليه عن تحمل بتر ساقه وهو اجراء جراحى عظيم الخطر فضلا عمــا يسببه من آلام مبرحة .

يخلص من ذلك أن الأصل أنه يجب على المصاب أن يبذل جهــدا معقولا لتحاشى وقوع الضرر أو لوضع حد له بعد وقوعه . أما اذا كان الجهد المعقول لا يكفى لذلك ، فــلا لوم على المصاب اذا هو انتظر أن يقوم المسئول بجبر الضرر .

وفى القضية التى صدر فيها الحكم محل هذا التعليق ، يبــدو أن مالك المنزل الذى أصابه التلف كان يستطيع أن يقف الضرر عند حد بأن يرفع دعوى اثبات حالة ويقوم باصلاح التلف فيمنع الضرر الناتج من خلو المنزل ويطالب الوزارة المسئولة بنفقات الاصلاح وبريع المنزل عن المدة التى اقتضاها الاصلاح ، وأن ذلك كله لم يكن يقتضيه الا بذل جهد معقول ، فيعتبر مسئولا عن عدم بذله ولا يكون له حق فى التعويض عن خلو المنزل فيما زاد عن المدة التى كان يقتضيها اصلاحه لو قام به من أول الأمر .

لذلك قلنا ان ما قررته محكمة النقض محل نظر ، وأنه يجب ضبطه بأن ليس على المصاب أن يعمــل على منع تفــاقم الضرر اذا كان ذلك يقتضيه بذل جهد كبير وتضحية لا قبل له بها ، وأنه بالعكس من ذلك يجب أن يعمل على وقف الضرر اذا كان ذلك لا يقتضيه سوى بذل جهد معقول .

هل يجوز الجمع بين التعويض والمكافأة الاستثنائية التى يمنحها الموظف الذى يصاب بسبب تأدية أعمال وظيفته ؟ (*) :

حكمت محكمة استئناف مصر فى ١٧ نوفمبر ١٩٣٥ بأن المكافأة الاستثنائية التى يمنحها الموظفون والمستخدمون الذين يصبحون غير قادرين على الخدمة بسبب حوادث قد نشأت بداهة عن تأدية أعمال وظيفتهم كما نص على ذلك فى المادة ٣٣ وما بعدها من قانون المعاشات رقم ٥ لسنة ١٩٠٩ لا تتعارض مع التعويض الواجب لهم وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية عند ثبوت وقوع الضرر بخطأ المصلحة التابع لها الموظف ، لأن المكافأة الاستثنائية تمنح بسبب الحوادث القهرية التى قد تنشأ عن العمل فى ذاته والأذى أو المرض الذى يصيب المرضى بسبب طبيعة العمل (المحاماة ١٧ — ١٠٢ — ٢٥ ، وفى هذا المعنى بالنسبة لقانون المعاشات العسكرية (١٩٣٠)، نقض جنائى ٨ ديسمبر ١٩٤١ مشار اليه فى المحاماة ٢٦ — ٥٨٦ — ٢٢١ منشور فى المحاماة ٢٢ — ٦٠٣ — ١٩٧) .

فهل قصدت المحكمة أن تعطى الموظف الذى أصيب فى حادث ثبت فيه خطأ المصلحة التابع هو لها حق مطالبتها بجميع الأضرار التى أصابته بسبب هذا الحادث بصرف النظر عن المكافأة الاستثنائية التى يكون قد استولى عليها طبقا لقانون المعاشات ؟ لو كان الأمر مقصورا على المكافأة العادية التى يستحقها الموظف عن مدة خدمته وفى غير حالة حصول حوادث ، ما ترددنا فى موافقة محكمة الاستئناف فيما ذهبت اليه ، لأن المكافأة العادية ناشئة عن مدة الخدمة ، والحق فى التعويض أساسه الخطأ الذى سبب الضرر ، فلا مانع من الجمع بينهما . أما المكافأة الإستثنائية فهى نوع من التعويض الجزافى indemnité forfaitaire يمنحه الموظف اذا أصيب فى حادث نشأ بداهة عن تأدية أعمال وظيفته (الفقرة الأولى

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة السابعة ، فبراير ١٩٣٧ ص ٣٥٤ .

من المادة ٣٣ من قانون المعاشات المشار اليه) ، بل الأقرب الى الحقيقة أن المكافأة الاستثنائية تشمل المكافأة العادية (بدليل أنها تجب هذه المكافأة العادية وأنها تحسب على أساس مدة الخدمة) ، وتشمل أيضا التعويض الجزاف الذى قرره الشارع لمن يصابون فى أثناء وبسبب تأدية وظيفتهم ، ذلك التعويض المقرر بحكم القانون تأسيسا على نظرية تحمل التبعة ومخاطر الحرفة لتخفيف الضرر عن المصابين فى حالة عجزهم عن اثبات الخطأ على رب العمل ، ويؤيد ذلك ما جاء فى الفقرة الثالثة من المادة ٣٥ من قانون المعاشات حيث نصت على أنه « فى حالة ما اذا ثبت من الكشف الطبى أن صاحب المعاش قد شفى من الجروح التى أصابته بسبب تأدية أعمال وظيفته يشطب المعاش الاستثنائى المرتب له ويمنح ما يستحقه من المعاش أو المكافأة على واقع مدة خدمته مضافا اليها ثلاث سنوات ، ما لم يكن أعيد الى خدمة الحكومة . وفى هذه الحالة الأخيرة يشطب المعاش الاستثنائى وعند احالته على المعاش ثانيا تحسب له مدة خدمته السابقة واللاحقة لعودته الى الخدمة مضافا اليها ثلاث سنوات فى تسوية معاشه أو مكافأته بصفةنهائية » .

ويؤيد أيضا ما فى المكافأة الاستثنائية من معنى التعويض نص الفقرة الخامسة من المادة ٣٦ والفقرة الثانية من المادة ٣٩ حيث جاء فيهما « أنه يرخص لنظارة المالية فى الأحوال الاستثنائية ... أن تمنح المعاش بحسب ما تراه مناسبا لشدة الاصابة بالجرح » . ومن المسلم به فى جميع القوانين الحديثة أن نص الشارع على التعويض الجزاف الذى يجب على رب العمل بحكم القانون لا يحول دون حصول العامل المصاب على تعويض كامل لجميع الأضرار التى لحقته اذا استطاع أن يثبت مسئولية رب العمل وفقا للقواعد العامة ، ولكنه لا يجيز له أن يجمع بين التعويض الجزاف الذى قرره الشارع احتياطا والتعويض الكامل الناشىء عن المسئولية التقصيرية (أنظر مازو نبذة ٢٦٥) ، لأنه متى حق له التعويض الكامل أصبح حكم التعويض الجزاف غير منطبق عليه .

وبناء على ذلك نرى أنه متى ثبت خطأ المصلحة — كالحال فى القضية التى فصل فيها حكم الاستئناف — استحق الموظف التعويض الكامل ولم يعد له حق فى التعويض الجزاف ، مع عدم الاخلال بحقه فى المكافأة العادية عن مدة خدمته ، فاذا استولى على المكافأة الاستثنائية التى تشمل التعويض الجزاف ، ثم طالب بالتعويض الكامل ، وجب تخفيض مكافأته الى حد المكافأة العادية واحتساب الفرق بينها وبين المكافأة الاستثنائية التى حصل عليها ، من أصل التعويض الكامل الذى يستحقه طبقا للقواعد العامة .

وقد أخذت برأينا محكمة النقض (الدائرة المدنية) فى ٣ فبراير ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ — ٥٨٦ — ٢٢١) .

عدم جواز الجمع بين التعويض والمكافأة الاستثنائية التى يمنحها الموظف الذى يصاب بسبب تأدية وظيفته (*) :

فى ١٧ نوفمبر ١٩٣٥ أصدرت محكمة استئناف مصر حكما قررت فيه أن المكافأة الاستثنائية التى يمنحها الموظفون والمستخدمون الذين يصبحون غير قادرين على الخدمة بسبب حوادث قد نشأت بداهة عن تأدية أعمال وظيفتهم كما نص على ذلك فى المادة ٣٣ وما بعدها من قانون المعاشات رقم ٥ لسنة ١٩٠٩ لا تتعارض مع التعويض الواجب لهم وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية عند ثبوت وقوع الضرر بخطأ المصلحة التابع لها الموظف ، لأن المكافأة الاستثنائية تمنح بسبب الحوادث القهرية التى قد تنشأ عن العمل ذاته والأذى أو المرض الذى يصيب المرضى بسبب طبيعة العمل (المحاماة ١٧ — ١٠٢ — ٢٥) .

وقد علقنا على ذلك الحكم فى حينه ، وبينا أن المكافأة الاستثنائية

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة عشرة ، يونيه ١٩٤٧ .

تتضمن — فيما يجاوز مقدار المكافأة العادية — نوعا من التعويض الجزاف indemnité forfaitaire الذى قرره الشارع لمن يصابون فى أثناء وبسبب تأدية وظائفهم ، وكان من رأينا — خلافا لما ذهبت اليه محكمة الاستئناف فى ذلك الحكم — انه لا يجوز الجمع بين هذا التعويض الجزاف وبين التعويض الكامل الخاضع للقواعد العامة لأن الغرض من التعويض جبر الضرر لا الاثراء ، وهذا الغرض يتحقق بأحد التعويضين ، فلا محل لاجازة الجمع بينه وبين التعويض الآخر . وقلنا انه اذا استولى الموظف على المكافأة الاستثنائية التى تشمل التعويض الجزاف ، ثم طالب بالتعويض الكامل ، وجب تخفيض مكافأته الى حد المكافأة العادية وحساب الفرق بين هذه المكافأة والمكافأة الاستثنائية التى حصل عليها واستنزاله من أصل التعويض الكامل الذى يستحقه طبقا للقواعد العامة (القانون والاقتصاد ١٩٣٧ — ١ — ٣٥٤ وما بعدها) .

وفى قضية أخرى أيدت الدائرة الجنائية بمحكمة النقض ما سبق أن ذهبت اليه محكمة الاستئناف فى حكمها سالف الذكر فقررت بتاريخ ٨ ديسمبر ١٩٤١ (المحاماة ٢٢ — ٦٠٣ — ١٩٧) أن المعاش الخاص المقرر لرجال الجيش بقانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٠ عند اصابتهم بعمل العدو أو بسبب حوادث فى وقائع حربية أو فى مأموريات أمروا بها لا دخل فيه للتعويض الذى يستحقه صاحب المعاش قبل من يكون سبب له الاصابة عن عمد أو تقصير منه . وذلك لاختلاف الأساس القانونى للاستحقاق فى المعاش أو فى التعويض . اذ المعاش مقرر بقانون خاص ملحوظ فيه ما تقتضيه طبيعة الأعمال العسكرية من الاستهداف للمخاطر وبذل التضحيات فى سبيل غاية من أشرف الغايات ، فهو بهذا الاعتبار — فيما يزيد على ما يستحقه المصاب على أساس مدة خدمته وما استقطع من راتبه — ليس الا مجرد منحة مبعثها التقدير لمن أقدم على تحمل التضحيات فى خدمة بلده دون التفات الى مصدر هذه التضحيات ان كان فعلا مستوجبا مساءلة أحد عنه ، أو كان غير ذلك مما لا يمكن أن يسأل عنه أحد . أما التعويض فالمرجع فيه الى القانون العام

الذى يوجب على كل من تسبب بفعله فى ضرر غيره أن يعوضه عن هــذا الضرر جزاء تقصيره فيما وقع منه • وتقديره موكول للقاضى يزنه على اعتبار ما خسره المضرور وما فات عليه من فائدة ، بخلاف المعاش فانه محدد فى القانون بمقادير ثابتة • واذا كان المعاش لم يلاحظ فيه أن يكون تعويضا عن الأضرار الناشئة عن اصابات ، فان الاصابة اذا كانت ناشئة عن فعل مستوجب لمساءلة فاعله مدنيا فلا يجــوز أن يحسب للمعــاش حساب فى تقدير التعويض المقتضى دفعه عنها للمصاب ولو كانت الحكومة هى الملزمة بالتعويض مهما كانت صفتها فى ذلك • ولا يصح اذن فى هذا الصدد القول بأن اعطاء التعويض عن الاصابة مع ربط المعاش من أجلها فيه جمع بين تعويضين عن ضرر واحد » •

ويؤخذ من الأسباب التى بنى عليها هذا الحــكم جواز الجمع بين التعويض وبين المكافأة الاستثنائية أو المعاش الخاص الذى يمنحه رجال العسكرية الذين يصابون فى أثناء تأدية وظيفتهم أن المكافأة أو المعاش لا يعتبران فى هــذه الحالة تعويضا عن الضرر ، بل منحة ملحوظا فيهــا ما تقتضيه طبيعة الأعمال العســكرية من الاستهداف للمخــاطر وبذل التضحيات فى سبيل غاية من أشرف الغايات ، ومبعثها التقدير لمن أقدم على تحمل التضحيات فى خدمة بلده •

غير أنه بالرجوع الى أحــكام قانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٠ يتضح أن الضابط أو العسكرى المصاب يمنح معاشا خاصا أو مكافأة استثنائية تقدر ، بصرف النظر عن مقدار مدة خدمته ، حسب درجة خطورة اصابته وفقا للفئات المبينة فى المادتين ٣١ و ٣٢ ، وهذا معناه أن المكافأة أو المعاش فى هذه الحالة يقدران بمقدار الضرر ، ممــا يجعل لهما صفة التعويض القانونى ، بل ان المشرع قد رأى أن هــذا التعويض المحدد بنص القانون قد يقصر فى بعض الأحوال عن جبر الضرر جبرا كاملا ، فخص بالذكر فى الفقرة الثالثة من المــادة ٣١ الحالة التى تكون فيها الجروح المنصوص عليها فى هذه المادة من شأنها منع الضابط من اكتساب معاشه وأجاز فيها لوزير المالية بناء على طلب وزير الحربية

زيادة مقدار المعاش الى الحد الذى يراه مناسبا • ولم يكتف بالنص على هذه الحالة الخاصة ، بل ضمن المادة ٣٧ نصا عاما يجيز لمجلس الوزراء أن يقرر بناء على اقتراح وزيرى المالية والحربية ولأسباب يكون تقديرها موكولا الى المجلس منح معاشات استثنائية أو زيادات، معاشات ومكافآت استثنائية الى أحد رجال الجيش المحالين الى المعاش أو الذين يفصلون من خدمة الجيش أو لعائلات من يتوفى من رجال الجيش وهم فى الخدمة أو بعد احالتهم الى المعاش • كل هـذا يدل فى وضوح تام على رغبة المشرع فى أن يبلغ المعـاش الخاص أو المكـافأة الاستثنائية فى أغلب الأحوال قدرا كافيا يجبر كل ما يحيق بالضابط أو العسكرى من ضرر •

ومما يؤيد الصفة التعويضية لهذه المكافأة أو المعاش الاستثنائى أن المشرع جعل المعاش مرهونا باستمرار الضرر ، حيث نص فى المـادة ٣٤ عـلى أنه اذا ثبت من الكشف الطبى أن صاحب المعاش قـد شفى يشطب المعاش الخـاص المرتب له ويمنح ما يستحقه من المعـاش أو المكافأة على واقع مدة خدمتـه مضافا اليهـا ثلاث سـنوات (الفقرة الثالثة) • أما اذا تجاوز صاحب المعاش الخاص سن الخمسين دون أن يشفى أو اذا ثبت أن الجرح أو العاهة أو المرض غير قابل للشفاء فيقيد المعاش الخاص بصفة نهائية للضابط وللصف ضابط والعسكرى •

أما القول بأن المعاش الخاص أو المكافأة الاستثنائية منحة مبعثها التقدير لمـا تقتضيه طبيعة الأعمال العسكرية من الاستهداف للمخاطر وبذل التضحيات فى سبيل الوطن ، فينفيه أن هـذه الأحكام المتعلقـة بالمكافآت والمعـاشات الاستثنائية فى قانون المعاشات العسكرية لهـا ما يقابلها فى قانون المعاشات الملكية رقم ٣٧ لسـنة ١٩٢٩ ؛ وكـذلك فى القانون السابق عليه رقم ٥ لسنة ١٩٠٩ ، مما يدل على أن هذه المعاشات والمكافآت الاستثنائية لم يقصد بهـا أن تكون منحة خاصة للعسكريين دون سواهم (*)، ، بل تعويضا لكل موظف عن الأضرار التى تصـيبه

(*) واذا عرضنا ما ذهبت اليه المحكمة من أن المعاشات والمكافآت =

بسبب تأدية وظيفته ، تعويضا غير مشروط بوقوع خطأ من قبل الحكومة لأنه مبنى على فكرة تحمل التبعة risque التى اعتبرت منذ نهاية القرن الماضى فى أكثر البلاد المتحضرة أساسا لالتزام رب العمل بتعويض عماله عن اصابات العمل والتى أخذ بها المشرع المصرى فى قوانين المعاشات المذكورة ثم فى القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص باصابات العمل .

ومن المسلم فى جميع القوانين الحديثة أن نص المشرع على التعويض الجزاف الذى يجب على رب العمل بحكم القانون لا يحول دون حصول العامل المصاب على تعويض كامل لجميع الأضرار التى لحقته اذا استطاع أن يثبت مسئولية رب العمل وفقا للقواعد العامة (*) . ولكنه لا يجيز له أن يجمع بين التعويض الجزاف الذى قرره المشرع احتياطيا والتعويض الكامل الناشىء عن تطبيق القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ، لأنه متى حصل المصاب على التعويض الكامل انجبر الضرر ولم يعدْ هناك محل للتعويض الجزاف (أنظر بوجه خاص فيما يتعلق

= الاستثنائية مبعثها التقدير لما تقتضيه طبيعة الاعمال العسكرية من استهداف للمخاطر ومن تضحيات ، فان هذا لا ينفى أن الغرض المقصود بهذه المعاشات والمكافآت هو جبر الضرر كما بيناه . والعبرة فيها بالغرض المقصود but لا بالباعث mobile .

(*) اما ما نص عليه المشرع المصرى فى المادة الرابعة من قانون اصابات العمل (القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) من انه « لا يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد صاحب العمل بأى قانون آخر خلاف هذا القانون ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ فاحش من جانب صاحب العمل » ، فانه نص استثنائى لم يرد له مقابل فى اكثر التشريعات المماثلة ، وقد اقتضته عندنا ضرورة رعاية جانب الصناعات الناشئة والتخفيف عنها بعض الشىء فى مقابل ما فرضه عليها هذا القانون من التزامات ، وقد ضيقت المحاكم تطبيق هذا النص الاستثنائى وتوسعت فيما يعتبر خطأ فاحشا من رب العمل يبرر الرجوع الى أحكام القانون العام (أنظر فرونين نبذة ١٧٣ من موضوع المسئولية المدنية وقارن نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ (المحاماة ٢٣ — ٣٨٧ — ١٦٩) . وعلى أى حال فان هذا النص لم يرد مثله فى قانون المعاشات العسكرية الذى طبقه الحكم محل هذا التطبيق ولا فى قوانين المعاشات الملكية التى أشرنا اليها .

بالموظفين العسكريين ، ديموج ج ٦ نبذة ٢٥٠ ، مازو نبذة ٢٦٤ ، وفيما يتعلق بالموظفين الملكيين مازو نبذة ٢٦٥ والشراح والأحكام المشار اليها فيهما) •

وقد أخذت بذلك الدائرة المدنية لمحكمة النقض فى حكم حديث لها بتاريخ ٣ فبراير ١٩٤٤ قررت فيه « ان حادثة وفاة المستخدم التى يترتب عليها التزام الحكومة بالمكافأة الاستثنائية لأرملته وأولاده بموجب قانون المعاشات (القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٩) قد يترتب عليها أيضا التزام من يكون مسئولا عن الحادثة بالتعويض الذى يستحق بموجب القانون المدنى ، ولما كان قانون المعاشات قد رتب استحقاق المكافأة الاستثنائية على وقوع الحادثة وأجاز زيادتها تبعا لظروف الحال ، فانه يكون قد بين أن غرضه هو أن يجبر بقدر معلوم الضرر الواقع لأرملة المستخدم وأولاده • فهذان الالتزامان وان كانا مختلفين فى الأساس القانونى ، فانهما متحدان فى الغاية وهى جبر الضرر الواقع للمضرور • وهذا الجبر ، وان وجب أن يكون كاملا متكافئا لتطور الضرر ، لا يجوز أن يكون زائدا عليه ، لأن كل زيادة تكون اثراء لا سبب له • ومن ثم فانه عندما تكون الحكومة مسئولة أيضا عن التعويض الذى أساسه القانون المدنى يكون من المتعين خصم مبلغ المكافأة الاستثنائية من كامل مبلغ التعويض المدنى المستحق » • ولم يفت المحكمة أن تلاحظ أن المكافأة الأستثنائية ليست كلها تعويضا ، بل ان جزءا منها يمثل المكافأة العادية التى تستحق لورثة المستخدم عند وفاته وفاة طبيعية والتى تقدر حسب مدة خدمته ولا تكون لها علاقة بالحادثة ولا بالتعويض المستحق عنها ، فلم تستنزل من قيمة التعويض المستحق طبقا للقانون المدنى الا الفرق بين المكافأة العادية والمكافأة الاستثنائية باعتبار أن هذا الفرق وحده هو الذى له صفة التعويض • وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٢٧/١٠/١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ٧ ، رقم ٣ • (قارن تعليقنا السابق الاشارة اليه) •

ونحن لا يسعنا الا التنبيه الى المبادىء التى قررها هذا الحكم ،

مخالفا بها ما قررته محكمة النقض فى حكمها السابق ، لأنا نرى فيهـا المبـادىء السليمة التى تتفق مع التكييف الدقيق للمكافآت والمعاشات الاستثنائية ، ذلك التكييف الذى يترتب عليه عدم جواز الجمع بين هذه المعاشات والمكافآت — فيما يجاوز قدر المعاشات والمكافآت العادية — وبين التعويض الكامل الذى يستحق طبقا للقواعد العامة .

تعليق على حكم نقض مدنى

فى انتقال الحق فى التعويض الى ورثة المجنى عليه (*)

اذا توفى المجنى عليه قبل أن يستوفى حقه فى التعويض ، أفينتقل حقه من بعده الى ورثته ؟

قررت محكمة النقض بتاريخ ١٤ مارس ١٩٤٤ (فى القضية رقم ١١ سنة ١٤ قضائية) أنه « اذا كانت الجريمة الواقعة لا تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه » ، فلوالد المجنى عليـه بعـد وفاته أن يدعى بحقوق مدنية على أساس الضرر الذى لحق ابنه من جرائها ، لأن من حقه بصفته وارثا له أن يطالب بتعويض الضرر المادى والأدبى الذى سببته الجريمة لمورثه على اعتبار أن هذا الضرر يستحيل فى النهاية الى مال يورث عن المضرور ، ومادام المجنى عليه قبل وفاته لم يتنازل صراحة أو ضمنا عن حقـه فى التعويض ، فلا محـل لافتراض هـذا التنازل واستنتاجه من وفاته قبل أن ترفع دعوى التعويض » (المحاماة ٢٦ — ٥٦٥ — ٢١٢) .

ويظهر بادى الرأى من ذلك أن محكمتنا العليا قررت بهذا الحكم اجمالا مبدأ انتقال حق المصاب فى التعويض الى ورثته فى جميع الأحوال ولو كان المصاب لم يطالب بهذا الحق قبل وفاته مادام لم يتنـازل عنه صراحة ولا ضمنا ، وأنها لم تستثن من هذا المبدأ الا حالة الجرائم التى

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة عشرة عـدد مايو ١٩٤٨ .

تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه • فما المقصود بهذه الجرائم المستثناة ؟ المعروف أن الجرائم التى تتوقف المحاكمة فيها عندنا على شكوى المجنى عليه هى جرائم الزنا دون غيرها • فاذا كان ذلك هو المقصود ترتب عليه — وفقا لعبارة محكمة النقض — جواز انتقال الحق فى التعويض الى ورثة المصاب فى جميع الأحوال فيما عدا الحق فى التعويض الذى ينشأ من جريمة الزنا (١) • غير أنى أستبعد أن تكون محكمة النقض قصدت ذلك كما سأبينه فيما بعد •

ويلاحظ بعد ذلك على المبدأ الذى قرره هذا الحكم بهذه الصيغة المطلقة أنه يتعارض مع الأحكام السابقة التى جرت عليها المحاكم المصرية وطنية كانت أو مختلطة ، وحسبنا بيانا لذلك أن نورد فيما يلى بعض ملخصات هذه الأحكام •

فمن قضاء المحاكم الوطنية :

— ان صفة الوراثة ليست بمفردها كافية للحكم بالتعويض ، وان الحق المخول لورثة القتيل فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى لحقهم حق نسبى قابل للتجزئة ، أى انه خاص بكل وارث على حدة وبنسبة الضرر الذى لحقه شخصيا • فاذا حكم لبعض الورثة بالتعويض فى دعوى سابقة فهذا لا يمنع بقية الورثة من رفع دعوى أخرى يطلبون فيها تعويضا عما لحقهم هم أيضا من الضرر • وعلى الأخيرين فى هذه الحالة أن يثبتوا الضرر المادى الذى لحقهم بسبب قتل مورثهم (استئناف ١٣ يناير ١٩١٤ المجموعة ١٥ — ٧٣ — ٣٥ ، وفى هذا المعنى أيضا استئناف مصر ٢٥ فبراير ١٩٢٧ المحاماة ٧ — ٨٧٣ — ٤٩٨ ، و ٧ فبراير ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ٨٦٦ — ٥٢١) •

— وانه ليس لورثة المجنى عليه الرجوع بالتعويض اذا لم يثبتوا حصول ضرر لهم من الحادثة باثبات تولى المجنى عليه الانفاق عليهم فى

---

(١) تارن دى هلتس نبذة ٢١ •

حياته (استئناف مصر ٣ يناير ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ١٦٤ — ٤٦٥) .

— وان المال الذى تقدره لجنة التعويضات لشخص تعويضا عن موت مورثه ليس مالا متروكا عن المورث ، بل هو تعويض شخصى يعطى للوارث من باب السلوى عما فقده من النفع ، ونكب به من الخسارة ، وفجع فيه من عز العائل وعونه ، فلا يجوز لدائن المورث أن يحجز عليه وفاء لدينه الذى كان على المورث (مصر الابتدائية ١٠ ديسمبر ١٩٢٣ المحاماة ٤ — ٤٥٦ — ٣٥٢) .

— وان التعويض الذى يحكم به لورثة المجنى عليه لا يعتبر تركة عن المورث ، ومن ثم لا يكون تقسيمه طبقا للأحكام الشرعية ، ولا يتعين أن يشترك فيه جميع الورثة بل يقتصر فى تقسيمه على الورثة الذين طالبوا بالتعويض ، ولا محل لاعتبار المبلغ فى حكم الدية لأنه متى كان هناك قصاص فلا دية شرعا (المجلس الحسبى العالى ٢ نوفمبر ١٩٢٤ المجموعة ٢٥ — ١٨٧ — ١٠٠) .

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة :

— ان دعوى التعويض ضد المتسبب فى الحادثة لا تعتبر من ثروة المجنى عليه لأن الحق فى التعويض حق شخصى ولا يقاس الا بمقدار الضرر الحاصل للوالدين وليس لهما هذا الحق باعتبار أنهما ورثة فقط (أول يونيه ١٩٣٥ (٤٧ ص ٣٤٩) المحاماة ١٦ — ٩٨٩ — ٤٦١) .

— وان ورثة المجنى عليه ليس لهم بهذه الصفة أى حق على التعويض الذى يستحق بسبب وفاة مورثهم ، لأن هذا التعويض لم ينشأ الا نتيجة لموت المورث وبالتالى لم يدخل قط فى ذمته المالية وان التعويض فى هذه الحالة يكون مستحقا لأقارب المجنى عليه الذين أصابهم من وفاته ضرر [٢١ نوفمبر ١٩٣٥ (٤٨ ص ٣٣)] ، كأن يكونوا فقدوا بوفاة المجنى عليه عائلهم [٢ يونيه ١٩٣٧ (٤٩ ص ٢٤٧) ، ٢٣ فبراير ١٩٣٨ (٥٠ ص ١٤٣)] .

— وأن نصيب كل منهم فى التعويض يقدر بمقدار الضرر الذى أصابه ، دون نظر الى حصته فى الميراث [٢٩ نوفمبر ١٩٢٣ (٣٦ ص ٥٨) والغازيت ١٥ — ٧١ — ١١٢] •

— وان حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبى الذى يصيب المجنى عليه فى حادثة (كالألم الجسمانى والاضطراب النفسى) حق متصل بشخصه مقصود به ايصال التعويض اليه شخصيا ، فهو حق غير داخل فى ذمة المجنى عليه المالية وغير قابل للانتقال بسبب الوفاة فينقضى بوفاة المجنى عليه قبل تقريره ولو حصلت المطالبة به قبل الوفاة [١٥ يونيه ١٩٣٨ (٥٠ ص ٣٦٧)] •

— وان أفراد أسرة المجنى عليه ليس لهم بصفتهم ورثة أن يطالبوا بتعويض عن الآلام التى عاناها المجنى عليه نتيجة للحادث ، وانما لهم فقط أن يطالبوا بتعويض عما يكون قد أصابهم شخصيا من الأضرار بسبب الحادث الذى أفضى الى موت مورثهم [٤ مايو ١٩٣٨ (٥٠ ص ٢٧٩)] •

أفتكون محكمة النقض قد قصدت بحكمها سالف الذكر أن تقرر فيما يتعلق بأنتقال حق المصاب فى التعويض الى ورثته مبدأ يخالف ما جرى به قضاء المحاكم الوطنية والمختلطة من قبل ؟ لابد فى الاجابة عن هذا السؤال من بحث وتفصيل ، لأن فى المسألة صورا مختلفة تتطلب كل منها حلا مغايرا لما تقتضيه الصور الأخرى ، فلابد من استعراض هذه الصور المختلفة وبيان ما قررته بشأن كل منها الأحكام السابقة وتعيين الصورة التى فصلت فيها محكمة النقض بحكمها محل هذا التعليق •

وتختلف هذه الصور باختلاف نوع الضرر الذى يصيب المجنى عليه •

فالضرر نوعان : مادى وأدبى • والمادى هو الذى يسبب للانسان

خسارة مالية ، سواء أصابه مباشرة فى ماله (أى فى حق من الحقوق التى تدخل فى تقويم ثروته) أو أصابه فى جسمه اصابة أفقدته قدرته على الكسب كلها أو بعضها أو فى سمعته اصابة حولت عنه عملاءه . والضرر الأدبى هو الذى يصيب الإنسان فى جسمه اصابة تسبب له آلاما جسمانية أو يصيبه فى عاطفته أو فى شرفه أو فى كرامته دون أن يسبب له خسارة مالية . وقد تبلغ الاصابة الجسمية حد الموت فتسبب للمجنى عليه ضررا ماديا وأدبيا .

وأرى قبل الدخول فى التفاصيل أن أبدى ملاحظتين :

الأولى : أنه فى جميع الصور — عدا حالة الاصابة الجسمية التى تودى بحياة المجنى عليه فورا — يملك المصاب أن يتنازل عن حقه فى التعويض ، فان فعل انقضى بالتنازل حقه ولم يعد له أثر فى ذمته المالية ولا فى تركته وامتنع بالتالى انتقاله الى الورثة . وبالعكس من ذلك اذا طالب المصاب بالتعويض وحكم له به وحاز الحكم قوة الشىء المحكوم به أصبح حقه فى استيفاء التعويض بلا نزاع عنصرا من عناصر ثروته ينتقل بعد موته الى ورثته . فلا صعوبة اذن ولا خلاف فى هذين الفرضين . أما الصعوبة والخلاف وتباين الأحكام ففى الحالة التى يكون المجنى عليه فيها لم يصدر منه حال حياته تنازل عن حقه فى التعويض ولا هو حصل على حكم نهائى قضى له بهذا الحق .

والملاحظة الثانية : أن الضرر الأصلى الذى يسببه الفعل الضار لشخص معين قد يرتد عنه ضرر آخر par ricochet يصيب شخصا أو أشخاصا آخرين كالأشخاص الذين كان المجنى عليه الأصلى يعولهم والأشخاص الذين كانوا يعزونه الخ . فهذا الضرر المرتد يخول من يصيبه — والغالب أن يكون وارثا لمن أصابه الضرر الأصلى — حقا فى التعويض مستقلا عن حق المجنى عليه الأصلى يتميز عنه ولو اجتمع الحقان فى يد وارث هذا الأخير بعد موته . فحق المجنى عليه الأصلى حق شخصى له ينقضى بتنازله عنه حال حياته ، فان لم ينقض بذلك تخلف

عن صاحبه بعد موته ، وجاز لدائنيه أن يستوفوا منه حقوقهم والباقى منه بعد ذلك يؤول الى جميع الورثة حسب أنصبتهم الشرعية — واذا طالب به أحد الورثة وحكم له كان فى ذلك ممثلا لباقى الورثة واجبا عليه أن يقتسم معهم ما حكم له به ولم يجز لغيره من الورثة أن يطالب بهذا الحق مرة أخرى . أما حق التعويض عن الضرر المرتد على الوارث ، فحق شخصى يثبت لكل وارث ارتد عليه ضرر ، وأساسه هذا الضرر المرتد لا الضرر الأصلى وان كان مصدرهما فعلا واحدا ، فيقاس بقدر هـذا الضرر ولا تكون له صلة بالمورث مطلقا ، فلا يتأثر بتنـازله عنـه حال حياته ، ولا يوجد فى تركته بعد وفاته فلا يكون لدائنيـه حق عليـه ولا يقسم بين ورثته حسب الفريضة الشرعية ، واذا طالب وارث بتعويض ما ارتد عليه من ضرر فان هذا لا يمنع غيره من الورثة أن يطالب كل منهم بما ارتد عليه هو من ضرر آخر .

ولنعرض الآن مختلف الصور التى أشرنا اليها :

١ — الضرر المادى الذى يصيب المـال مباشرة :

لا نزاع فى أن الضرر المادى الذى يصيب الانسان فى ماله يخوله حقا فى التعويض يعتبر حقا ماليا يثبت فى ذمته المالية ويبقى فى تركته بعد وفاته مادام هو لم يستوف هذا الحق أو يتنازل عنه حال حيـاته ، وسواء أكان قد طالب به وحكم له به قبل وفاته أم لم يطالب ، أم طالب ولما يحكم له . (مازو نبذة ١٩٠٣ ، سوردا جـ ١ نبذة ٥٣ ، ديموج جـ ٤ نبذة ٥٣٩ ، مصطفى مرعى بك نبذة ٣٢٥ ، العميد القللى بك فى تحقيق الجنايات الطبعة الأولى ص ١٢٠) .

٢ — الضرر المادى الذى يصيب المال من طريق اصابة الجسم :

أما الضرر المادى الذى يصيب الانسان فى جسمه دون أن يودى بحياته ، فكانت محكمة السين فى فرنسا قد حكمت فى ٩ يونيه ١٨٧٩ بأنه

لا يخول المجنى عليه الا حقا شخصيا بحتا لا ينتقل من بعده الى ورثته . غير أن لابيه Labbé صاحب التعليقات الشهيرة انتقد هذا الحكم وقال بوجوب التفرقة بين الضرر المادى الذى يصيب الانسان فى جسمه وبين الضرر الأدبى الذى ينشأ من مثل هذه الاصابة وبضرورة الاعتراف بأن الحق فى تعويض الضرر الجسمى المادى ينتقل الى الورثة . وقد أجمع الفقه والقضاء منذ ذلك الحين على الأخذ برأى لابيه فى هذا الشأن (أنظر بيدان الطبعة الأولى جـ ٤ نبذة ١٢١٥ ، مازو نبذة ١٩٠٨ ، نقض فرنسى ١٠ أبريل ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٣ — ١ — ٥٢) ، ولم يشذ عن هذا الرأى سوى اسمان فى مقال له فى غازيت القضاء بتاريخ ٢٥ يونيه ١٩٣٥ عنوانه هل يجب التعويض للموتى ؟

٣ — الضرر الأدبى :

أما فيما يتعلق بالضرر الأدبى سواء أكان ايلاما يصيب الانسان فى جسمه أو ايذاء لعاطفته أو مساسا بشرفه أو كرامته ، فقد كان حق تعويضه محل جدال انتهى بتقريره . (مازو نبذة ٣١٢ وما بعدها ، مصطفى مرعى بك نبذة ١٢٤) . غير أن طبيعة هذا الحق بقيت محل خلاف الى الآن . فقال فريق بأن الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى حق شخصى بحت يتوقف اعتباره من الحقوق المالية ودخوله فى ثروة الانسان على تقدير المجنى عليه له ومطالبته به ، فاذا توفى المجنى عليه قبل أن يطالب به انقضى هذا الحق بانقضاء شخصيته ولم يوجد فى تركته وامتنع انتقاله الى ورثته (هيك جـ ٨ نبذة ٤٢٠ ، بيدان الطبعة الأولى جـ ٤ نبذة ١٢٤٥ ، ديموج جـ ٤ نبذة ٤١٤ ، بلانيول وريبير جـ ٢ نبذة ١٠٠٨ ، بلانيول وريبير واسمان المطول جـ ٦ نبذة ٦٥٨ ، لوسيين ريبير فى رسالتها نبذة ١٣٠ ، سافاتيه فى المسئولية المدنية جـ ٢ نبذة ٦٢٢ و ٦٢٩ وتعليق فى مجلة القانون المدنى الفصلية ١٩٤٠ — ١٩٤١ ص ٩٠ رقم ٢٢ وآخر فى دالوز ١٩٤٠ — ٢ — ٩ ، كولان وكابيتان جـ ٢ نبذة ٢٥٣ ، ومن هذا الفريق فى مصر عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات ص

٧٣٥ نبذة ٧٩٤ ، وزميلنا الأستاذ حشمت أبو ستيت فى الالتزامات ص ٣٣١ نبذة ٤٦٧) •

وقد أخذ بهذا الرأى كل من المشرع الألمانى (فى المادة ٨٤٧) والمشرع الأرجنتينى (فى المادة ١١٣٣) ، كما جرت به أحكام المحاكم المصرية والمحاكم الفرنسية الى عهد قريب (نقض فرنسى ٢ أغسطس ١٩٣٣ سيرى ١٩٣٣ — ١ — ٣٦٥ ، استئناف مختلط أول ديسمبر ١٩١٥ (٢٨ ص ٣٧) الغازيت ٦ — ٣٢ — ٥٦ ، ١٣ مارس ١٩١٨ (٣٠ ص ٢٧٩) ، بنى سويف جنح مستأنفة ٢ مارس ١٩٢٢ المحاماة ٢ — ٣٦٢ — ١١٥) • غير أن محكمة الاستئناف المختلطة لم تكتف بهذا القدر من التضييق فى انتقال حق المصاب الى ورثته ، وقررت انه لا يكفى لانتقال حق المصاب الى الورثة أن يكون المصاب قد طالب به حال حياته بل يجب أن يصبح هذا الحق مقررا قبل وفاة صاحبه اما بحكم نهائى واما باتفاق بين الطرفين (استئناف مختلط ١٥ يونيه ١٩٣٨ (٥٠ ص ٣٦٧) • وبهذا التضبيق أخذ مشروع تنقيح القانون المدنى فى صيغته الأولى (المادة ٢٣٨ فقرة أولى) ، ولكنه عدل عنه فى صيغته التى عرضت على مجلس النواب (المادة ٢٢٩ فقرة أولى) حيث اكتفى فى انتقال حق التعويض عن الضرر الأدبى الى الورثة بأن يكون هذا الحق قد تحدد بمقتضى اتفاق أو طولب به أمام القضاء •

غير أن هذا الرأى يعوزه السند القانونى وليس من الصعب تفنيده • فالقائلون به يزعمون (أولا) ان حق التعويض عن الضرر الأدبى لا يدخل فى ذمة المجنى عليه المالية الا متى حصلت المطالبة به • وهذا الزعم لا يتفق مع المبادىء العامة • فان من المسلم أن الحق فى التعويض — سواء فى ذلك التعويض عن الضرر الأدبى والتعويض عن الضرر المادى — ينشأ عن الفعل الضار ومن وقت وقوع هذا الفعل ، فلا محل لتعليق نشوء الحق فى تعويض الضرر الأدبى على المطالبة به • فضلا عن أن هذا التعليق لا يتفق مع المنطق ، لأنه اذا كان الحق لا يوجد

ولا يدخل فى الذمة المالية قبل المطالبة به ، فان هذه المطالبة ذاتها تكون غير جائزة ، وبالتالى يستحيل نشوء هذا الحق .

وهم يدعون (أيضا) ان وفاة المجنى عليه دون أن يطالب بهـذا الحق دليل على تنازله عنه ، ولكن يرد هذا الادعاء بأن التنازل لا يفرض ، وبأن سكوت المجنى عليه عن المطالبة لا يفيد حتما انه تنازل عن حقه ، بل ربما يكون ذلك راجعا الى أنه لم يتمكن من المطالبة أو الى انه كـان يؤمل الوصول الى اتفاق مع المسئول عن التعويض فأدركته منيته قبل أن يتمكن من المطالبة أو يتحقق أمله فى الاتفاق .

وهم يقـولون (أخيرا) ان حق التعويض عن الضرر الأدبى حق متصل بشخص المجنى عليه فلا يجوز لغيره أن يباشره ، ويستدلون على ذلك بالمادة ١٤١/٢٠٢/١١٦٦ التى تجيز للدائنين أن يقيموا باسم مدينهم الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ماعدا الدعاوى الخاصة بشخصه sauf les actions purement personnelles كما ورد فى النص الفرنسى للقانون المصرى أو à l'exclusion de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne كمـا ورد فى نص القانون الفرنسى . وهذا القول أيضا بعيد عن الصواب ، لأنه حتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر الأدبى حق متصل بشخص المجنى عليه لا يجوز لغيره أن يباشره عنه حال حياته ، يبقى أن هذا الحق له وجود فى ذمة الشخص المالية وانه يتخلف عنه بعـد وفاته فينتقل الى ورثته فى ضمن محتويات تركته ، ولا يسرى على الورثة التحريم الوارد فى النص المشار اليه بشأن الدائنين ، لأن أولئك يكملون شخصية المورث ويقومون مقامه فى جميع حقوقه خلافا لدائنيه حال حياته .

لذلك قال فريق آخر بانتقال الحق الى الورثة دون اشتراط حصول المطالبة به حال حياة صاحبه مادام هذا لم يتنازل عنه (لابيه فى تعليقه فى سيرى ١٨٨١ — ٢ — ٢١ ، لاكوست تعليق فى سيرى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ ، سوردا جـ ١ نبذة ٥٧ ، بودرى وبارد جـ ٤ نبذة ٢٨٨٤ ، جوسران

فى كتاب النقل نبذة ٩٢٢ ، ديموج جـ ٤ نبذة ٥٣٨ ، بيدان جـ ٤ نبذة ١٢٤٥ ، جيلهــو Cuilhou فى بحث له فى تعويض الآلام الجسمية التى يتحملها المجنى عليه الذى يقضى نحبه ، غازيت القضاء ١٩٣٧ جـ ٢ ص ٣٦ من القسم الفقهى ، مازو نبذة ١٩٠٩ ، وتعليقاتهما فى مجلة القانون المدنى الفصلية ١٩٣٨ ص ٤٦٧ نبذة ١٩ ، ١٩٣٩ ص ٧٥٢ نبــذة ٢٤ ، ١٩٤٢ ص ٢٠٢ نبذة ٢٠ ، وفى دالوز الانتقادى ١٩٤٣ — ١ — ٤٥) ، وقــد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض البلجيكية منذ سنة ١٩٣٠ (مجلة التأمين والمسئولية ١٩٣٢ ص ١٠٥٩) وتابعتها فيــه سائر المحــاكم البلجيكية (أنظر الأحكام العديدة التى ذكرها بيرسون ودى فيليــه جـ ١ نبــذة ٢١٢) ، كما أخذت به محكمة استئناف باريس فى حكمين حديثين (باريس ٢٩ يناير ١٩٣١ غازيت القضاء ١٩٣١ — ١ — ٦٩٤ ، ١٥ يونيه ١٩٣٧ مشار اليه فى مقال جيلهو سالف الذكر) ، وأقرته أخيرا محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها بتاريخ ١٨ يناير ١٩٤٣ (دالوز الانتقادى ١٩٤٣ — ١ — ٤٥ وتعليق ليون مازو) (١) ، أى قبــل صــدور حــكم النقض المصرى محل هذا التعليق بعام واحد .

٤ — الضرر الذى يصيب الانسان فى حياته أو ضرر الموت (*) :

واذا كانت نتيجة الفعل الضار القضاء على حياة المجنى عليــه ، سواء أكان ذلك فورا أم بعد فترة من الزمن ، نشأت صعوبة جديدة فيما يتعلق بثبوت حق للمجنى عليه فى التعويض عن موته — فوق حقه فى

---

(١) وهاك ملخص المبدأ الذى قرره هذا الحكم :

(*) انظر تعليقنا على الحكم فى مسئولية الناقل الجوى للركاب وخاصة مسئوليته عن حدوث الموت ص ....

«L'action en réparation du dommage résultant de la souffrance physique éprouvée, avant son décès, par la victime d'un accident mortel, née dans son patrimoine, se transmet à ses héritiers, bien que le de cujus ne l'ait pas intentée de son vivant, dès lors qu'il n'a accompli aucun acte impliquant renonciation».

التعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية السابقة على الموت ان وجدت . ومنشأ الصعوبة ان فقد الحياة — وهى أثمن شيء للانسان — يعتبر أبلغ الأضرار التى تصيب الشخص وتستوجب التعويض ، ولكنه فى الوقت ذاته يقضى على شخصية الانسان وعلى صلاحيته لتعلق الحقوق به . فكيف يمكن القول بأن موت المجنى عليه ينشيء له حقا فى التعويض عن فقد حياته ينتقل الى ورثته مع تركته ؟

اختلفت الشراح والمحاكم فى هذا الشأن اختلافا كبيرا .

فوقف فريق منهم عند هذه الصعوبة لا يجد لها حلا ، واضطر الى التسليم بأن ليس للمجنى عليه ولا لتركته حق فى التعويض عن موته وليس لورثته أن يطالبوا الا بما أصابهم شخصيا من أضرار بسبب موت مورثهم (محكمة السين الفرنسية ٩ يناير ١٨٧٩ سيرى ٨١ — ٢ — ٢١ وتعليق لابيه ، تولوز ١٧ أبريل ١٩٠٢ سيرى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ وتعليق لاكوست ، باريس ١١ يوليه ١٩٢٨ غازيت القضاء ١٩٢٨ — ٢ — ٦٥٠ ، باريس ٨ أبريل ١٩٣٥ دالوز الأسبوعى ١٩٣٥ — ٣٣٩ ، جوسران فى كتاب النقل نبذة ٩٢٢ وعدة تعليقات فى دالوز ١٩٢٩ — ٦ — ١٦١ ، ١٩٣٠ — ١ — ٢٥٠ ، ١٩٣٣ — ١ — ١٣٧ ، سافاتييه فى المسئولية المدنية ج ١ ص ١٢٤ نبذة ٥٤٦ ، بيرسون ودى فيليه فى المسئولية المدنية ج ١ ص ٤٦٣ ، دابان Dabin فى بحث منشور فى مجلة بلجيكا القضائية ١٩٣٥ ص ١٥ الى ص ٢٢ ، العميد القللى بك فى تحقيق الجنايات الطبعة الأولى ص ١٢٣ ، ريكول فى دروسه فى المسئولية المدنية، القاهرة ، ١٩٢٨ — ١٩٢٩ ص ١٣٨) .

ويبرر هذا الفريق الأول رأيه بأن كل نفس ذائقة الموت ان آجلا أو عاجلا فلا محل لطلب تعويض عن الموت فى ذاته ، ولا سيما أن الميت لا يحس شيئا ولا يخسر شيئا ، فضلا عن أن شخصيته تفنى منذ موته وتزول معها صلاحيته لاكتساب الحقوق .

ولكن يمكن أن يرد ذلك بأن الموت ، وان كان حقا على كل انسان وان كان لا يستوجب التعويض اذا وقع قضاء وقـدرا ، يستوجبه ان حدث بفعل فاعل ، اذ يكون الظاهر أن هـذا الفعل قـد استعجل الموت وقصر الحياة ، وبأنه لا يستساغ مطلقـا القول بأن من يفقـد الحياة لا يخسر شيئا اذ الواقع أن الحياة هى أغلى ما يحرص عليه الانسان ، لأنها مصدر قوته وعقله ونشاطه المالى وغير المالى ، وان فقدها يعتبر شر المصائب لأنه — فوق الألم الجسمانى الذى يصاحبه — يحرم الانسان كل متعة ويقضى على أهم عنصر من العناصر التى تعتمد عليها ثروته ، وبأنه اذا كان صحيحا أن حق المجنى عليـه فى تعويض هـذه الخسارة العظمى لا يمكن تصور نشوئه بعد الموت ، فانه يجب أن لا يفوتنا أن مصدر هذا الحق انما هو الفعل الضار ، وأن هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة كما يسبق كل سبب نتيجته ، وفى هذه اللحظة يكون المجنى عليه لايزال صالحا لتعلق حق التعويض به ، ومتى كـان هذا الحق قد ثبت له وقت وفاته انتقل من بعده الى ورثته . وبأن القول بغير ذلك يجعل مركز الجانى الذى يقضى على حياة ضحيته فورا أفضل من مركز الذى يصيب المجنى عليه بأى أذى دون الموت ويعتبر تحريضا للجانى بأن يجهز على حياة ضحيته .

لـذلك ذهب فريق كبير من الشراح الى وجوب الاعتراف للمجنى عليه بنشوء حق له فى التعويض عن موته وبأن هذا الحق يتخلف عنـه ويؤول الى ورثته . (فى هذا المعنى مازو جـ ٢ نبذة ١٩١٢ و ١٩١٣ ، لابيه ولاكوست فى تعليقيهما السابق الاشارة اليهما ، ديمولومب جـ ٣١ نبذة ٦٨١ ، سوردا جـ ١ نبذة ٥٦ مكـرر و ٥٧ ، فوسـتان هيلى جـ ١ ص ٦٧٥ ، بوردى ويارد جـ ٤ نبذة ٢٢٨٤ ، بيدان جـ ٤ نبـذة ١٣٤٥ ، ديموج جـ ٤ نبـذة ٥٣٦ ، لالو فى دالوز الأسبوعى ١٩٣١ ص ٢٧ فى ضمن مقال عنوانه « ذوو الحق فى التعويض عن الحوادث المميتة » ، ديمير Demeur فى مجلة التأمين البلجيكية Bulletin des assurances ١٩٣٨ ص ١٠٣٩ ، بيريـه Perret فى رسـالته فى ذوى الحـق فى

التعويض عن الحوادث المميتة باريس ١٩٣٣ ص ١٢١ ، مصطفى مرعى بك نبذة ٣٢٥) .

فاذا رجعنا الى الوقائع التى فصلت فيها الأحكام السابقة التى أشرنا اليها ، وجدنا هذه الأحكام جميعا ــ عدا حكمى الاستئناف المختلط الأخيرين الصادرين فى سنة ١٩٣٨ ــ قد فصلت فى دعاوى تعويض عن الموت . فأخذت هذه الأحكام فى شأن ذلك بالرأى القائل بعدم ثبوت حق للمجنى عليه فى التعويض عن موته ورتبت على هــذا الرأى كل نتائجه القــانونية فاعتبرت أن صــفة الوراثة ليست بمفردهــا كافية للحــكم بالتعويض (استئناف ١٣ يناير ١٩١٤) ، وأن الوارث لا يستحق تعويضا عن قتل مورثه الا اذا أثبت الضرر الذى أصابه شــخصيا بسبب فقــد مورثه (استئناف مصر ٢٥ فبراير ١٩٢٧ و ٣ ينــاير و ٧ فبراير ١٩٢٨ واستئناف مختلط أول يونيه و ٢١ نوفمبــر ١٩٣٥)، وانه ليس لدائن المجنى عليه أن يحجز على مبلغ التعويض الذى يحكم به لوارث مدينــه (مصر الابتدائية ١٠ ديسمبر ١٩٢٣) وأن التعويض الذى يحكم به بناء على طلب بعض الورثة لا يعتبر تركة ولا يجب تقسيمه طبقــا للأحكام الشرعية (المجلس الحسبى العالى ٢ نوفمبر ١٩٢٤ ، واستئناف مختلط ٢٩ نوفمبر ١٩٢٣) .

أما حكما الاستئناف المختلط الصــادران فى سنة ١٩٣٨ فقــد كان موضوعهما طلب التعويض ليس عن موت المجنى عليــه بل عن الأضرار الأدبية (كالآلام الجسمانية) التى أصابت المجنى عليــه قبــل وفاته ، فأخذت المحكمة فيهما بالرأى القائل بأن حق التعويض عن الضرر الأدبى لا ينتقل الى ورثة المجنى عليه (حكم ٤ مايو ١٩٣٨) أو لا ينتقل اليهم الا بشرط صدور المطالبة به من المجنى عليه قبل وفاته ، بل غالت فى هذا الرأى وجاوزته فلم تكتف بمجرد صدور المطالبة قبل الوفاة ، واشترطت أن يكون الحق قد تقرر قبل موت المجنى عليه (١٥ يونيه ١٩٣٨) .

أما الحادثة التى صدر فى شأنها حكم محكمة النقض محل هــذا

التعليق فقد كانت حادثة ضرب سببت للمجنى عليـه عاهة مستديمة ثم أعقبتها وفاة المجنى عليه لسبب لا يرجع الى الضرب • وقـد كان هذا الفرق بين وقائع هذه الدعوى ووقائع الأحكام السابقة كافيا لتبنى عليه المحكمة اختلاف الحكم (١) ، ولكن المحكمة لم تقف عنده ولم تشر الى ما يميز هذه الصورة عن غيرها من الصور ، ولم تقصر عليهـا ما قررته — وكان خليقا بها أن تفعل ذلك — بل عممت القول بأن الضرر يستحيل فى النهاية الى مال يورث عن المضرور ، ولم تستثن من ذلك الا الجرائم التى تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه •

وقد قلنا انا نستبعد أن تكون المحكمة قـد قصدت بهذا الاستثناء ما يفهم من ظاهر عبارتها ، أى قصره على جـرائم الزنا ، وهى الجرائم التى تتوقف المحاكمة فيها عندنا على شكوى المجنى عليه •

ونرى أن الكشف عن حقيقة ما قصدته المحكمة بهذه العبارة يقتضى الرجوع الى معرض ورودها فى الحكم • وهى قد وردت فيه فى معرض الرد عـلى طعن بنى على « أن المجنى عليـه توفى قبل رفـع الدعوى العمومية لسبب لا يرجع الى حادث الضرب ودون أن يدعى بحقـوق مدنية ، فدخل والده مدعيا بحقوق مدنية وطلب الزام الطاعن بأن يدفع له مبلغ عشرين جنيها على سبيل التعويض ، فأجابته المحكمة الى هـذا الطلب وحكمت له بالتعويض • وهذا خطأ لأن التعويض الذى ينشأ عن الضرب هو حق شخصى يجوز لصاحبه أن يتنازل عنه دون أن يكون لأى شخص مهما كانت الصلة بينهما أن يطالب به • ولمـا كان المجنى عليه قد توفى قبل أن تظهر نيته فى مقاضاة خصمه ومطالبته بالتعويض ، فـلا يمكن لأحد من ورثته أن يطالب به » •

---

(١) هذا فوق أن محكمة الموضوع كانت قد اثبتت ان المدعى ، وهو والد المجنى عليه ، أصابه ولا شك ضرر من جراء الاعتداء الذى وقع على جسم ولـده وتخلفت عنه العـاهة ، هو ضرر حرمانه من عون المصـلب ومساعدته فضلا عن الضرر الادبى الذى لحقه من ذلك الاعتداء وما أحس به من الم وحزن (أنظر المحاماة ٢٦ ص ٥٦٧) •

ونلاحظ على عبارة هذا الطعن أن فيها مغالطة أو على الأقل خلطا ، فهى ترمى الى اعتبار الحق فى تعويض الضرر الناشىء عن ضرب سبب عاهة مستديمة حقا شخصيا تتوقف المطالبة به على ارادة المجنى عليه ويسقط بوفاة هذا الأخير دون أن يطالب به ، أى انها ترمى الى اعطاء هذا الحق حكم التعويض عن الضرر الأدبى الذى يصيب الشخص فى احساسه أو فى عاطفته أو فى شرفه واعتباره دون أن يسبب له خسارة مالية ، فى حين أن العاهة المستديمة مسلم بأنها ضرر مادى ينشأ عنه حق فى التعويض يستحيل الى مال يورث عن المضرور .

وكان يكفى المحكمة أن تكشف هذه المغالطة أو هذا الخلط وأن تبنى على ذلك حكمها ، فيستقيم الحكم ويتحدد المبدأ . ويظهر أنها قد شعرت بذلك ، ولكنها لم تراع الدقة فى التعبير عنه ، فأثبتت لوالد المجنى عليه الحق فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى أصاب ابنه من الضرب باعتبار أن هذا الضرر قد استحال الى مال فى ذمة الابن ، وانتقل مع تركته الى أبيه بصفته وارثا ، مادام الابن لم يتنازل عن هذا الحق قبل وفاته ، ولكنها اذ ساقت هذا الحكم رأت أن تقيده بما يعتبر ردا على الطعن المعروض عليها ، وقيدا على المبدأ الذى يستنبط من حكمها فقالت « ولما كانت الجريمة التى وقعت من الطاعن ليست من الجرائم التى تتوقف المحاكمة عليها على شكوى المجنى عليه » ، وهى بلا شك قد قصدت بذلك أن تقول : « ولما كان الضرر المطلوب تعويضه ليس من الأضرار التى يتوقف انتقال الحق فى طلب التعويض عنها الى ورثة المجنى عليه على صدور مطالبة من هذا الأخير قبل وفاته » ، مشيرة بذلك الى الأضرار الأدبية التى تصيب الشخص فى عاطفته أو احساسه أو شرفه واعتباره والى الرأى الذى أوردناه فى شأنها .

لذلك نرى أنه يستفاد من هذا الحكم أنه قرر أن الضرر المادى الذى يصيب المجنى عليه فى جسمه قبل وفاته يستحيل الى مال فى ذمته ويورث عنه . وأنه — بالرغم من ايراده هذا المبدأ فى صيغة مطلقة جمعت

بين الضرر الأدبى والضرر المادى فى حكم واحد — اعتمد الرأى القائل بأن الحق فى التعويض عن الأضرار الأدبية ينقضى بوفاة المجنى عليه دون مطالبة ولا ينتقل الى الورثة ، وهو فى ذلك متفق مع قضاء محكمة الاستئناف المختلطة . أما الضرر الذى يصيب المجنى عليه بسبب قتله ، فلم يكن موضوع هذا الحكم ، ولم تتعرض له المحكمة من قريب ولا من بعيد ، وان كان عموم عبارتها قد يشمله شمولا غير مقصود .

تعليق على حكم نقض جنائى بشأن تعويض الضرر الأدبى (*)

المبدأ القانونى :

ان القانون يسوى بين الضرر الأدبى والضرر المادى فى ايجاب التعويض للمضرور وترتيب حق الدعوى به . والضرر الأدبى متى ثبت وقوعه كان لمحكمة الموضوع أن تقدره بمبلغ من المال ، وحق المورث فى تعويض الضرر الأدبى والدعوى به هو من الحقوق المالية التى تعد جزءا من تركته وتنتقل بوفاته الى ورثته مادام أنه لم يأت ما يفيد نزوله عنه . واذن فاذا ادعى والد المجنى عليه مدنيا وطلب الحكم على المتهمين بالتعويض فحكمت محكمة الدرجة الأولى له بتعويض ثم استأنف المحكوم عليهم واستأنفت النيابة ، وتوفى المدعى بالحقوق المدنية قبل نظر الاستئناف فحل محله فيه وارثتاه فقضت المحكمة بعدم قبول الدعوى المدنية لزوال الصفة — فانها تكون قد أخطأت .

تعليق : قررت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) فى ٣٠ أكتوبر ١٩٥٠ فى القضية رقم ١٠٤٢ سنة ٢٠ ق « أن القول بأن الدعوى المدنية المرفوعة من ورثة المجنى عليه لا تقبل هو قول القانون الرومانى ، تأسيسا على أنها دعوى ناشئة عن ضرر شخصى لحق بالمورث ويحتمل أن يكون قد تنازل عنه قبل وفاته . أما القانون المصرى فانه لم يأخذ بذلك بل رأى

(*) منشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة الرابعة ، العدد ١٣ ص ١٣٩ وما بعدها .

أن الحق فى التعويض ينتقل للورثة ما لم يكن المورث قد تنازل عنه قبل وفاته أو يلحقه التقادم اسقط للحقوق قانونا » (منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد ١٢ وفى المحاماة ٣٢ — ١٣٨٦ — ٣٥٤) .

وقررت بعد ذلك فى الحكم المنشور أعلاه بتاريخ ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ « أن القانون يسوى بين الضرر الأدبى والضرر المادى فى ايجاب التعويض للمضرور وترتيب حق الدعوى به . وأن الضرر الأدبى متى ثبت وقوعه كان لمحكمة الموضوع أن تقدره بمبلغ من المال ، وأن حق المورث فى تعويض الضرر الأدبى والدعوى به هو من الحقوق المالية التى تعد جزءا من تركته وتنتقل بوفاته الى ورثته مادام أنه لم يأت ما يفيد نزوله عنه » (المحاماة ٣٢ — ١٣٥٤ — ٤٢٤) .

ويبدو من عبارات هذين الحكمين أنهما يقرران قاعدة عامة تقضى بانتقال الحق فى التعويض الى ورثة المجنى عليه فى جميع الأحوال ، أى سواء كان الضرر ماديا أو أدبيا ، لأن عبارة الحكم الأول وردت عامة غير مقصورة على الضرر المادى ، ولأن عبارة الحكم الثانى جاءت صريحة فى المساواة بين الضرر المادى والضرر الأدبى .

ومن الواضح أنه لا عبرة فى ذلك بما اشترطه كلا الحكمين من عدم نزول المضرور عن حقه فى التعويض وعدم سقوط هذا الحق بالتقادم لأن هذين الشرطين ليسا خاصين بانتقال الحق فى التعويض بل هما شرطان بدهيان يلزم توافرهما فى انتقال أى حق من الحقوق ، فلا محل لاعتبارهما قيدين خاصين واردين على القاعدة التى يبدو أن الحكمين المذكورين يقررانها .

فهل قصدت محكمتنا العليا حقا بهذين الحكمين تقرير انتقال الحق فى التعويض الى ورثة المجنى عليه فى جميع الأحوال دون قيد أو شرط وبغير تفرقة بين أنواع الضرر التى يستحق عنها التعويض ، أم توجد

فى وقائع القضيتين اللتين أصدرت فيهما هذين الحكمين خصائص تبرر ما ذهبت اليه فى شأنهما ويتعين تقييد القاعدة بها ؟

نرى أن ننبه أول الأمر الى أن اطلاق القاعدة التى يبدو أن الحكمين المذكورين يقررانها يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء فى مصر وما أخذ به التقنين المدنى الجديد ، وأن نشير الى وجود فروق جوهرية بين وقائع القضيتين يتعين معرفة ما يترتب عليها من أثر فى اطلاق تلك القاعدة أو تقييدها .

يفرق الفقه والقضاء فى شأن انتقال حق التعويض الى الورثة بين تعويض الضرر المادى وتعويض الضرر الأدبى .

والضرر المادى هو الذى يسبب للانسان خسارة مالية ، وهو نوعان : نوع يصيبه مباشرة فى ماله أى فى حق من الحقوق التى تدخل فى تقويم ثروته ، ونوع يصيبه فى جسمه اصابة تفقده قدرته على الكسب كلها أو بعضها أو يصيبه فى سمعته اصابة تحول عنه عملاءه .

والضرر الأدبى هو الذى يصيب الانسان فى جسمه اصابة تسبب له آلاما جسمانية أو يصيبه فى عاطفته أو فى شرفه أو فى كرامته دون أن يسبب له خسارة مالية .

فالضرر المادى الذى يصيب المال مباشرة يخول المضرور حقا فى التعويض يعتبر حقا ماليا له بمجرد حدوث الضرر وينتقل منه الى ورثته ، سواء أكان قد طالب به وحكم له به قبل وفاته ، أم لم يطالب ، أم طالب ولما يحكم له (فى هذا المعنى مازو نبذة ١٩٠٤ ، سوردا ج ١ نبذة ٥٣ ، ديموج ج ٤ نبذة ٥٣٩ ، مصطفى مرعى بك نبذة ٣٢٥ ، القللى بك فى تحقيق الجنايات الطبعة الأولى ص ١٢٠) .

أما الضرر المادى الذى يصيب الانسان من طريق اصابته فى جسمه أو فى حريته أو فى سمعته ، فقد قضت المحاكم الفرنسية أول الأمر بأنه

يخول المضرور حقا فى التعويض ولكن هذا الحق يكون حقا شخصيا بحتا لا ينتقل من بعده الى ورثته • غير أنها عدلت عن ذلك منذ أواخر القرن الماضى تحت تأثير الفقيه لابييـــه Labbé وقررت أن الضرر المـــادى ، سواء أصاب المضرور فى ماله مباشرة ، أم أصابه من طريق اصـــابته فى جسمه أو فى حريته أو فى سمعته ، يخوله حقا فى التعويض يعتبر عنصرا من عناصر ذمته المالية وينتقل من بعده الى ورثته (أنظر بيدان الطبعة الأولى جـ ٤ نبذة ١٢١٥ ، مازو نبذة ١٩٠٨ ، نقض فرنسى ١٠ أبريل ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ٥٢) •

أما فيما يتعلق بالضرر الأدبى سواء أكان ايلاما يصيب الانسان فى جسمه أو ايذاء لعاطفته أو مساسا بشرفه أو كرامته ، فقـــد كـــان حق تعريضه تعويضا ماليا محل خلاف ، اذ رفضت المحاكم التسليم به أول الأمر واستندت فى ذلك الى أن الضرر الأدبى بطبيعته ضرر لا يعتبر خسارة مالية فلا ينجبر بالتعويض المالى ، وأنه مما ينـــافى المثل العليـــا الأخـــلاقية أن ينزل الشخص شرفه واعتباره وعواطفـــه منزلة الأموال المادية فيسمح لنفسه أن يثرى من جراء اعتداء الغير عليها ، وأن تقدير الضرر الأدبى يختلف باختلاف الأشخاص والمحاكم وأن تقويمه بالمـــال لابد أن يكون تحكميا فلا يمكن أن يحقق العدالة •

غير أن المحاكم عدلت عن ذلك فيما بعد ، حيث رأت أن التعويض المالى اذا كان لا يمحو الضرر الأدبى فانه يعطى المضرور ترضية تخفف عنه ذلك الضرر ، وأن صعوبة تقدير الضرر وتقويمه لا يجوز أن تكون سببا فى عدم تعويضه ، وأن العدالة والمثل العليا تأبى أن يفلت المتسبب فى الضرر من كل جزاء لمجرد أن الضرر أدبى •

وقد تغلب هذا النظر الأخير وانعقد عليه من زمن اجماع الفقـــه والقضاء فى فرنســـا وفى مصر ، وقضت محـــكمة النقض المصرية بأن الضرر الأدبى يصح أن يعوض عنه تعويضا ماديا • لأن التعويض المادى مهما قيه عن تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبى — يساعد ولو بقدر

على تخفيف الألم عن نفس المضرور (نقض ٧ نوفمبـــر ١٩٣٢ مرجـــع القضاء رقم ٥٣٦٩) •

غير أن هذا الاجماع اقتصر على التسليم للمضرور بحق التعويض عن الضرر الأدبى ولم ينعقد على طبيعة هذا الحق وخصائصه ، فذهب فريق من الشراح والمحاكم الى أن هـــذا الحق شخصى بحـت يتوقف اعتباره من الحقوق المالية ودخوله فى ثروة الانسان على تقدير المضرور له ومطالبته به • فاذا توفى المضرور قبل أن يطالب به انقضى هذا الحق بانقضاء شخصيته ولم يوجد فى تركته وامتنع انتقاله الى ورثته (هيك جـ ٨ نبذة ٤٢٠ ؛ بيدان جـ ٤ نبـــذة ١٢٤٥ ، ديموج جـ ٤ نبـــذة ٤١٤ ، بلانيول ورببير الموجز جـ ٢ نبذة ١٠٠٨ والمطول جـ ٦ نبذة ٦٥٨ ، لوسيين ريبير فى رسالتها نبذة ١٣٠ ، سافاتييه فى المسئولية المدنية جـ ٢ نبـــذة ٦٢٢ و ٦٢٩ وتعليق فى مجلة القانون المدنى الفصلية ١٩٤٠ — ١٩٤١ ص ٩٠ رقم ٢٣ ، وآخر فى دالوز ١٩٤٠ — ٢ — ٩ ، كولان وكابيتـــان جـ ٢ نبذة ٢٥٣ . عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات ص ٧٣٥ نبـــذة ٧٩٤ ، حشمت أبو ستيت بك فى الالتزامات ص ٣٣١ نبذة ٤٦٧ ، استئناف مختلط ١٧ يونيه ١٩١٤ الغازيت ٤ — ٤٨٦ — ٢٠٤ ، أول ديسمبر ١٩١٥ (٢٨ ص ٣٧) الغازيت ٦ — ٣٢ — ٥٦ ؛ ١٣ مارس ١٩١٨ (٣٠ ص ٢٧٩) ، بنى سويف جنح مستأنفة ٢ مارس ١٩٢٢ المحاماة ٢ — ٣٦٢ — ١١٥) • بل ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض أحكامها الى حد القول بأنه لا يكفى لانتقال حق المصاب الى الورثة أن يكون المصاب قد طالب به حال حياته بل يجب أن يصبح هذا الحق مقررا قبل وفاة صاحبه امـــا بحكم نهائى واما باتفاق بين الطرفين [استئناف مختلط ١٥ يونيه ١٩٣٨ (٥٠ ص ٣٦٧) ، ٢٧ نوفمبر ١٩٤٠ (٥٣ ص ٢٠)] •

غير أن هذا الرأى كان يعوزه فى ظل التقنين المـــدنى الملغى السند القانونى ولم يكن من الصعب تفنيده •

فالقائلون به يزعمون (أولا) أن حق التعويض عن الضرر الأدبى

لا يدخل فى ذمة المضرور المالية الا متى حصلت المطالبة به . وهذا الزعم لا يتفق مع المبادىء العامة . اذ أنه من المسلم أن الحق فى التعويض — سواء فى ذلك التعويض عن الضرر الأدبى والتعويض عن الضرر المادى — ينشأ عن الفعل الضار ومن وقت وقوع هذا الفعل ، فلا محل لتعليق نشوء الحق فى تعويض الضرر الأدبى على المطالبة به ، فضلا عن أن هذا التعليق لا يتفق مع المنطق لأنه اذا كان الحق لا يوجد ولا يدخل فى الذمة المالية قبل المطالبة به ، فان هذه المطالبة ذاتها لا تصح قبل وجود الحق المطالب به . وبالتالى فان القول بذلك يؤدى الى الدور فى حلقة مفرغة ويجعل نشوء الحق فى التعويض مستحيلا .

وهم يدعون (أيضا)، أن وفاة المضرور دون أن يطالب بهذا الحق دليل على تنازله عنه . ولكن يرد هذا بأن التنازل لا يفرض ، وبأن سكوت المضرور عن المطالبة لا يفيد حتما نزوله عن الحق ، بل ربما يكون ذلك راجعا الى أنه لم يتمكن من المطالبة أو الى أنه كان يؤمل الوصول الى اتفاق مع المسئول عن التعويض ، فأدركته منيته قبل أن يتمكن من المطالبة أو يتحقق أمله فى الاتفاق .

وهم يقولون (أخيرا) أن حق التعويض عن الضرر الأدبى حق متصل بشخص المضرور فلا يجوز لغيره أن يباشره ، وكانوا يستدلون على ذلك بالمادة ١٤١/٢٠٢/١١٦٦ التى تجيز للدائنين أن يقيموا باسم مدينهم الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ماعدا الدعاوى الخاصة بشخصه Sauf les actions purement personnelles ; كما ورد فى النص الفرنسى للقانون المصرى الملغى أو à l'exclusion de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne كما ورد فى نص القانون الفرنسى . وهذا القول أيضا بعيد عن الصواب ، لأنه حتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر الأدبى حق متصل بشخص المضرور لا يجوز لغيره أن يباشره حال حياته ، يبقى أن هذا الحق له وجود فى ذمة الشخص المالية وأنه يتخلف عنه بعد وفاته

فينتقل الى ورثته فى ضمن محتـويات تركتـــه ، ولا يسرى على الورثة التحريم الوارد فى النص المشار اليه بشأن الدائنين ، لأن أولئك يكملون شخصية المورث ويقومون مقامه فى جميع حقوقه خلافا لدائنيه حـــال حياته •

لذلك قال فريق آخر من الشراح بانتقـــال الحق الى الورثة دون اشتراط حصول المطالبة به حال حياة صاحبه مادام هذا لم يتنازل عنه (لابييه فى تعليقـــه فى سيرى ١٨٨١ ــ ٢ ــ ٢١ ، لاكوست تعليــق فى سيرى ١٩٠٥ ــ ٢ ــ ٨١ ، سوردا جـ ١ نبـــذة ٥٧ ، بودرى وبارد جـ ٤ نبذة ٢٨٨٤ ، جوسران فى كتاب النقل نبـــذة ٩٢٢ ، ديموج جـ ٤ نبـــذة ٥٣٨ ، بيدان جـ ٤ نبذة ١٢٤٥ ، جيلهو Guilhou فى بحث له فى تعويض الآلام الجسمية التى يتحملها المجنى عليه الذى يقضى نحبـــه ، غازيت القضاء ١٩٣٧ جـ ٢ ص ٣٦ من القسم الفقهى ، هنرى وليون مازو نبذة ١٩٠٩ وتعليقاتهما فى مجلة القانون المدنى الفصلية ١٩٣٨ ص ٤٦٧ نبذة ١٩ ، ١٩٣٩ ص ٧٥٢ نبـــذة ٢٤ ، ١٩٤٢ ص ٢٠٢ نبـــذة ٢٠ وفى دالوز الانتقادى ١٩٤٣ ــ ١ ــ ٤٥ وكتابنا فى الفعل الضار سنة ١٩٤٨ ص ٢٩) • وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض البلجيكية منذ سنة ١٩٣٠ (نقض بلجيكى ٣٠ يونيه ١٩٣٠ مجـــلة التأمين والمســـئولية ١٩٣٢ ص ١٠٥٩) ، وتابعتها فيه سائر المحاكم البلجيكية ، كمـــا أخذت به محكمة استئناف باريس فى حكمين بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٣١ و ١٥ يونيه ١٩٣٧ ثم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٨ يونيـــه ١٩٤٣ (دالوز الانتقـــادى ١٩٤٣ ــ ١ ــ ٤٥ وتعليق ليون مازو) •

وقد يبدو من عبارات الحكمين محل هذا التعليق أنهما اتجها أيضا هـــذا الاتجاه الأخير اذ قررا المساواة بين الضرر الأدبى والضرر المادى من حيث ان الحق فى التعويض عنهما ينشأ بمجرد وقوعهما ويعد جزءا من تركة المورث وينتقل بوفاته الى ورثته • غير أن مخالفة هذا الاتجاه ما استقر عليه الفقه والقضاء عندنا قبل ذلك تدعو الى التأمل والتريث

قبل التسليم بأن الحكمين المذكورين انما قصدا أن يذهبا فى ذلك مذهبا جديدا ، وبخاصة اذا لوحظ أن المشرع قد أقر أخيرا مذهب الفقه والقضاء بأن نص فى المادة ٢٢٢ فقرة أولى مدنى جديد على أن « يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء ».

وبالتأمل فى وقائع الحكمين المذكورين يتضح وجود فروق جوهرية بينها ، كما يتضح أن هذه الوقائع تجعل كلا الحكمين متفقين مع القضاء السابق وما أخذ به المشرع الجديد وبعيدين عن السير فى الاتجاه الجديد الذى سلكته المحاكم البلجيكية والفرنسية منذ نحو ربع قرن .

فالحكم الأول قد فصل فى التعويض عن ضرر جسمى مادى هو فقد المجنى عليه احدى عينيه . أما الحكم الثانى فقد فصل فى التعويض عن ضرر أدبى بحت ، وكان ذلك الضرر لوعة أصابت والدا بسبب فقد ولده.

وقد تقدم أن الفقه والقضاء يسلمان بأن حق التعويض عن الضرر الجسمى المادى يثبت للمضرور بمجرد حدوث الضرر ويعتبر من ذلك الوقت جزءا من ذمته المالية وينتقل منه الى ورثته مادام لم ينزل عنه قبل موته وسواء أكان المضرور قد طالب به قبل موته أم لم يطالب . ولذلك كان حكم ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ محل هذا التعليق متفقا مع مذهب الفقه والقضاء فى ذلك ، فهو قد قرر انتقال هذا الحق فى التعويض الى الورثة بعد أن أثبت عدم تنازل المورث عن هذا الحق قبل وفاته ، اذ قال ان القانون المصرى يأخذ بانتقال حق التعويض الى الورثة « ما لم يتنازل المورث عنه قبل وفاته أو يلحقه التقادم المسقط للحقوق قانونا ، يضاف الى ذلك أنه فى خصوص هذه الدعوى لم يقف الأمر عند عدم اثبات تنازل المورث عنها قبل وفاته ، بل أثبت الحكم أنه كان جادا وراء الحصول على التعويض ، فتقدم بطلب للجنة المعافاة المختصة التى أعفته من الرسوم وندبت محاميا عنه لرفع الدعوى ... » .

ويلاحظ أن ما أورده الحكم من أن المورث كان قد قدم قبل وفاته طلبا للمعافاة لم يورده الا للتدليل على أن المورث لم ينزل عن هذا الحق قبل وفاته ، فلم تقصد المحكمة أن تجعل انتقال حق التعويض الى الورثة نتيجة لتقديم المورث طلب المعافاة المذكور ، وذلك أولا لأنه من المسلم أن حق التعويض عن الضرر الجسمى المادى ينتقل الى الورثة دون توقف على حصول المطالبة به من المورث قبل وفاته ، وثانيا لأن تقديم طلب للجنة المعافاة لا يعتبر مطالبة قضائية ولا يترتب عليه ما لهذه المطالبة من أثر .

أما فى القضية التى فصل فيها حكم ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ ، والتى كان الضرر فيها ضررا أدبيا محضا ، هو عبارة عن لوعة أصابت الوالد بسبب فقده ولده ، فيلاحظ أنه بالرغم من أن عبارات المحكمة تكاد تسوى بين الضرر الأدبى والضرر المادى من جميع الوجوه ، فان وقائع الدعوى كان فيها ما يبرر انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى الى الورثة وفقا لمذهب الفقه والقضاء الذى تقدمت الاشارة اليه فيما يتعلق بالضرر الأدبى ، ذلك أن المجنى عليه كان قد ادعى مدنيا أمام المحكمة الجنائية وطلب الحكم على المتهمين بالتعويض ، فحكمت له محكمة الدرجة الأولى بتعويض ، فاستأنف المحكوم عليهم واستأنفت النيابة ، ثم توفى المدعى بالحقوق المدنية قبل نظر الاستئناف فحلت محله ورثته ، أى أن المضرور كان قد طالب قبل وفاته بتعويضه عن الضرر الأدبى الذى أصابه ولما يحكم له نهائيا بهذا التعويض ، فكان ذلك كافيا للقول بانتقال حقه فى التعويض الى ورثته حتى عند القائلين بالتفرقة فى ذلك بين التعويض عن الضرر المادى والتعويض عن الضرر الأدبى .

لذلك لا يصح فى رأيى اعتبار ما قضى به هذا الحكم كافيا للقول بأن المحكمة رأت العدول عن التفرقة بين الضرر المادى والضرر الأدبى من حيث انتقال حق التعويض الى الورثة وعن تعليق هذا الانتقال فى حالة الضرر الأدبى على حصول المطالبة به قبل وفاة المضرور ، اذ لايمكن

القول بذلك الا اذا صدر حكم يأخذ بانتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى الى الورثة فى قضية لا يكون المضرور فيها قد طالب بهذا الحق قبل وفاته • ونحن نستبعد أن تأخذ المحاكم بذلك فى القليل الباقى من القضايا التى يتعين الفصل فيها وفقا للتقنين المدنى الملغى مادام التقنين المدنى الجديد قد نص صراحة على تقييد انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى بضرورة حصول الاتفاق عليه أو المطالبة به قبل وفاة المورث •

تعليق على حكم من محكمة استئناف القاهرة

فى مسئولية الناقل الجوى للركاب (*)

(اولا) حكم استئناف القاهرة ٢١ مايو سنة ١٩٥٧ :

١ — طبيعة مسئولية الناقل الجوى للركاب .

٢ — اثر شروط الاذعان .

٣ — بدء سريان معاهدة فاروسوفى فى مصر .

٤ — ثبوت الحق فى التعويض عن الضرر الادبى وضرر الموت وانتقاله الى الورثة فى ظل التقنينين القديم والجديد .

أصدرت محكمة استئناف القاهرة حكما بتاريخ ٢١ مايو سنة ١٩٥٧ فى القضيتين رقمى ٥٤٨ و ٩٠٥ (نشرته مجلة ادارة قضايا الحكومة س ١ عدد ٤ ص ١٩٦) وكانت وقائعهما تلخص فيما يلى :

فيوم ٢٣ يونيه ١٩٤٩ — أعنى فى ظل التقنين المدنى السابق —

(*) التعليق منشور فى مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة الثالثة العدد الثانى ص ١١١ الى ص ١٥٢ .

وصلت الى مطار القاهرة الدولى احدى طائرات شركة النقل الجـوى الهولندية ثم غادرته فى اليوم ذاته بعـد أن انضم الى ركابهـا بعض المصريين المسافرين الى بروكسل • وبينمـا هى تحلق فوق مدينة بارى بجنوب ايطاليا سقطت فى اليم وغرق جميع ركابها ولم يعرف اذ ذاك سبب سقوطها • غير أن اللجنـة الفنيـة التى شكلت فى المنطقـة التى سقطت فيها الطائرة عملا بالمعاهدة الدوليـة التى تنظم النقـل الجوى رجحت أن يكون سبب الحادث عطبـا مفاجئا أصاب جهـاز القيـادة الأوتوماتيكى وغلب طاقم الطائرة فلم يستطع القيـام بما يحول دون وقوع الحادث • وقـد قام البرهان لدى الشركة قاطعـا على خطورة استعمال هذا الجهاز قبل أن تتم تجارب تأمينه ، فأوقفت استعماله عقب الحادثة تلبية لتوصية اللجنة الفنية المذكورة كمـا منعت مصانع أوكهد لبناء الطائرات بأمريكا اذ ذاك استعماله •

طالب ورثة اثنين من ضحايا الحـادث المصريين الشركة المذكورة بتعويض قدره خمسون ألف جنيـه لكل فريق منهم وذلك مقابل الضرر المادى والأدبى الذى سببه الحادث لفقيده وما أصاب كلا من الورثة شخصيا من أضرار مادية وأدبية بسبب موت مورثهم • وبنوا مطالبتهم بالتعويض عن الضرر الذى أصاب مورثهم على أساس المسئولية العقدية باعتبار أن الشركة المدعى عليها مخلة بالتزامها العقدى بضمان سـلامة الركاب • أما المطالبة بتعويض ما أصاب كلا منهم شخصيا من أضرار فقد بنوها على أساس المسئولية التقصيرية لانعدام العـلاقة العقدية بينهم وبين الشركة •

وقضت محكمة أول درجة للمدعين ببعض التعويض ، ولم تقبـل الشركة المدعى عليها هذا الحكم فاستأنفته وبنت استئنافها على عـدة أسباب تلخص فى أنهـا ترى أن مسـئولية أمين نقل الركاب بوجه عام ليست عقدية ، وأنه حتى مع التسليم بأنها عقدية فان ذلك لا ينطبق على مسئولية الناقل الجوى للركاب لأن الأخطار التى يتعرض لها المسـافر

فى النقل الجوى مازالت متعددة وأن اللجنة الفنية قد انتهت من تقرير ها الى أن العلة التى نشأ عنها ضياع الطـائرة ترجع الى سبب غير معلوم مما تنتفى معه مسئولية الشركة وأن ما ذهب اليه الحكم المستأنف من أن هناك ضررا ماديا وأدبيا سببه الحادث لفقيد كل فريق من المستأنف عليهم وأن هذا الضرر قد استحال فى النهـاية الى مال يورث عن الفقيد وقد آل ذلك الحق الى المستآنف عليهم غير صحيح فى القانون لأن الموت كان داهما وفجائيا ولم يدع لضحاياه فترة من الزمن طالت أو قصرت لأيلولة الحق اليهم وأن الشروط التى طبعتهـا هى على تذكرة المسافرين طبقا لنصوص معاهدة فارسوفى تقصر التعويض الذى يمنحه ضحايا حوادث نقل الركاب على مبلغ معين هو ما قضت به محكمة أول درجة .

وقد فصلت محكمة الاستئناف بحكمهـا المشار اليه فى جميع أوجه الطعن المذكورة بتأييد وجهة نظر المحكمة الابتـدائية وقررت فى شأنها المبادىء التى لخصتها مجلة ادارة قضايا الحكومة فيما يلى :

(١) اسـتقر القضاءان الفرنسى والمصرى بعـد تردد ، على أن مسـئولية أمين النقل عمـا يصيب الأشخاص ابان سفرهم مسـئولية عقـدية ، ذلك أن من أبرز التزامات أمين النقل التزاما ضـمنيا بضمان سلامة الراكب وهو التزام استخلصه القضاء بتفسير ارادة المتعاقدين المشتركة .

ولا فرق فى هذا الشأن بين النقل البرى والنقل الجوى . وتفريعا على ذلك يكون خطأ أمين النقل ثابتا بمجرد حصول حادث للراكب يمس سلامته ما لم يثبت أمين النقل أن الحادث يرجع الى قوة قاهرة أو حادث جبرى أو خطأ الراكب .

(٢) أن الشروط المطبـوعة التى تـرد فى تذاكر السـفر بحصر مسئولية أمين النقل فى الأحوال التى يعزى فيهـا الحادث الى خطئه أو خطأ تابعيه بتحديد مقدار التعويض لا تغير من مسئوليته المستمدة من

القواعد العامة لأن مثل هذه الشروط التى لا تقبل المناقشة فيها ولا يسع الراكب الا أن يقبلها مادام راغبا فى السفر تعتبر شروطا اذعانية لا يعتد بها القاضى •

(٣) لا تسرى فى مصر أحكام معاهدة فارسوفى الدولية الخاصة بأحوال المسئولية عن النقل الجوى الدولى للركاب ومقدار التعويض المبرمة فى سنة ١٩٢٩ الا من تاريخ انضمام مصر اليها فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٥ بموجب القانون ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ ، على أن مؤدى أحكام هذه المعاهدة هو افتراض الخطأ فى جانب أمين النقل ما لم يثبت هو أن الحادث لا يرجع الى خطئه أو خطأ أحد تابعيه •

(٤) من المقرر فى ظل التقنين المدنى القديم أن حق المصاب فى التعويض يتحول الى مال فى حالة وفاته وينتقل الى ورثته • والراجح أنه لا مساغ للتفرقة بين الأحوال التى تقع فيها الوفاة عقب الحادث مباشرة والأحوال التى لا تعقب فيها الوفاة الحادث فورا لأن الوفاة مهما كانت عاجلة فانها لا تكون الا بعد وقت من وقوع الفعل الضار وأن هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة كما يسبق كل سبب نتيجته ، وفى أثناء هذه اللحظة ينشأ حق المصاب فى التعويض عن هذا الحادث وينتقل من بعده الى ورثته ضمن تركته • أما ما تضمنته المادة ٢٢٢ من التقنين الجديد من اشتراط أن يكون المورث قد طالب بهذا الحق قبل وفاته أو أن يقر به المسئول فهو حكم مستحدث لا يسرى الا من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ •

التعليق :

١ ــ فيما يتعلق بطبيعة مسئولية أمين نقل الركاب بوجه عام وأمين النقل الجوى بصفة خاصة وكيفية دفع هذه المسئولية :

قرر الحكم موضوع هذا التعليق أن مسئولية أمين نقل الركاب

مسئولية عقدية وأنه لا فرق فى هذا الشأن بين النقل البرى والنقل الجوى .

وقد سبق لنا أن استعرضنا هذه المسألة وأحكام المحاكم فى شأنها فى تعليق على حكم استئناف الاسكندرية الصادر فى ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ (١) وذلك فى مجلة التشريع والقضاء س ٢ ص ٢٧٧ وما بعدها من قسم القضاء بينا فيه أن القضاء الفرنسى كان يطبق على ناقل الركاب أحكام المسئولية التقصيرية حتى سنة ١٩١١ حيث عدل عن ذلك واطرد قضاؤه منذ تلك السنة على اعتبار مسئولية أمين نقل الركاب مسئولية عقدية وأن القضاء المصرى سبق القضاء الفرنسى فى الأخذ بالمسئولية العقدية فى هذا الصدد ثم عدل عن ذلك بعد التحول الذى طرأ على القضاء الفرنسى فى سنة ١٩١١ فأخذ يعتبر هذه المسئولية تقصيرية ثم عاد القضاء المختلط منذ سنة ١٩٣٣ والقضاء الوطنى منذ سنة ١٩٤٠ الى تطبيق أحكام المسئولية العقدية على حوادث نقل الركاب (٢) واستمرت أحكام المحاكم على ذلك بعد صدور التقنين المدنى الجديد الذى عمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ولو أن أكثر هذه الأحكام الحديثة قد صدر فى وقائع حدثت فى ظل التقنين المدنى القديم .

وكان أول هذه الأحكام الأخيرة حكم استئناف الاسكندرية بتاريخ ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ الذى تقدمت الاشارة اليه وقد علقنا عليه فى حينه فقلنا فيما يتعلق باسناده التزام أمين النقل بضمان سلامة الراكب الى وجود اتفاق ضمنى على ذلك بين الطرفين أن الواقع أنه اذا كان يجوز

---

(١) احاماة ٣٠ — ٥٠١ — ٢٧٦ . راجع ما سيجىء فى ص ٢٨٢ .

(٢) انظر فيما يتعلق بالقضاء المختلط محكمة مصر الجزئية المختلطة مارس ١٩٣٣ الفازيت ٢٥ — ٣٩ — ٥١ ، استئناف مختلط ٢٨ فبراير ١٩٣٥ ; ٤٧ ص ١٧٦) . وفيما يتعلق بالقضاء الوطنى . اللبان الجزئية ١٣ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة ٤٢ — ١٩٥ — ١١٩ ، نقض جنائى ٨ ديسمبر ١٩٤١ المجموعة ٤٣ — ٦٨ — ٣٨ .

أن يفرض فى الراكب انصراف نيته الى انشاء هذا الالتزام فى ذمة متعهد النقل فانه لا يمكن افتراض مثـل ذلك بالنسبة الى هـذا المتعهـد لأنه شخص يضع جهوده ومعداته تحت تصرف الركاب لنقلهم من مكان الى آخر دون قصد الالتزام بضمان سـلامة الركاب من كل مكروه يصيبهم فى أثناء النقل ، فالقول بأن عقد النقل يتضمن هذا الالتزام فيه تحميل العقد فوق ما يحتمل لأن رضا الطرفين لم ينعقد على هذا الالتزام وليس فى وسع أحد غير المشرع أن يحمل العقد فوق ما يحمله العاقدان ، وبينا أن القول بنشوء التزام عقدى فى ذمة متعهد النقل بضمان سلامة الراكب يعوزه السند القانونى وأن محكمة الاستئناف عنـدما قررته فى حكمها المذكور انما أخذت به كما أخذت به من قبل محكمة النقض الفرنسية أى من قبيل السياسة القضائية التى يراد بها تحقيق مقتضيات العـدالة ، ويكون حكمها بذلك مفهوما فى ظل التقنين الملغى حيث لم تكن ثمت وسيلة أخرى لكفالة حق الراكب المصاب • أما فى ظل التقنين المدنى الجديد ، فان المادة ١٧٨ — التى تنص على مسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه — تكفل للراكب المصاب حقه فى التعويض دون حاجة الى اثبات خطأ متعهـد النقل ولا الى الالتجاء الى قواعـد المسئولية العقدية من طريق تحميل عقد النقل التزاما لا يحتمله ، أعنى التزام الناقل بضمان سلامة الراكب •

وختمنا ذلك التعليق بقولنا انه يهمنا من ناحيـة التطبيق القانونى الصحيح أن لا يعتبر حكم محـكمة استئناف الاسكندرية المذكور سوى خاتمة تطور هذه المسألة فى ظل التقنين المدنى الملغى بحيث لا يعتبر ما قضى به هذا الحكم مبدأ قانونيا جديدا تسير عليه الأحكام اللاحقة التى ستصدر فى شأن ما يحـدث من وقائع فى ظل التقنين المدنى الجـديد ، وتمنينا على المحاكم أن تعيد النظر فى هـذا الموضوع فى ضوء أحكـام هذا التقنين دون تأثر بما قرره هذا القضاء السابق •

وقد صدر بعد ذلك حكمان من محكمة مصر الابتـدائية فصـلا فى

واقعتين حدثتا أيضا فى ظل التقنين المدنى القديم وطبقا عليهما قواعـد المسئولية العقدية كما فعل حـكم استئناف الاسكندرية الـذى تقدمت الاشارة اليه ، أحـدهما بتاريخ ١٣ مارس سنة ١٩٥١ فى حادثة قطـار وقعت فى سنة ١٩٤١ (٣) والثانى بتاريخ ٢ يونيه سنة ١٩٥٢ فى الحادثة ذاتها التى صدر فى شأنها حكم استئناف الاسكندرية موضوع التعليق الحالى وهى سابقة على تاريخ العمـل بالتقنين الجديد (٤). وكـذلك كان هذا الحكم الأخير صادرا فى واقعة حدثت فى سنة ١٩٤٩ أى قبـل

---

(٣) انظر المحاماة ٣١ — ١٣٨٦ — ٣٩٣ .

(٤) صدر هذا الحكم فى القضية رقم ١٦٧٨ سنة ٥١ ق كلى مصر المرفوعة من ورثة المرحوم عبد اللطيف محرم ضد شركة النقل الجوى الهولندية الملكية (غير منشور) . وقد جاء فيه ان القضاء الفرنسى والبلجيكى والهولندى من ورائه قد رتبوا مسئولية عقدية على متعهد نقل الاشخاص استخلصوها من شرط مفترض فى عقد النقل هو التزام أمين النقل بضمان سلامة الراكب اى انه ملزم بموجب العقد أو تذكرة السفر التى يتمسك المدعى عليه بشروطه ان يصل بالراكب الى المقر المتفق عليه سليما معافى من كل سوء ، وان اختلفوا فيما اذا كان هذا الالتزام التزاما بتحقيق غاية او التزاما ببذل عناية . فاذا اصاب الراكب ضرر كان أمين النقـل مسئولا مسئولية عقـدية لا يستطيع الخلاص منها الا باثبات السبب الاجنبى . . . ويكفى المتعاقد المضرور التدليل على الرابطة التعاقدية القائمة بينه وبين المدعى عليه — وذلك أمر مسلم — ثم اقامة الدليل على ما أصابه من ضرر فى ظلها ، وذلك امر مسلم ايضا . ولا تدفع المسئولية عن المدعى عليه الا باقامة الدليل على أن الضرر المشكو منه يرجع الى حادث فجائى أو قوة قاهرة او الى ظرف غير مظور ولا يد له فيه . ولا تفريق فى هذه الاحكام بين امين النقل بالبر او بالبحر او بالجو ، لانه أصبح مستقرا فى الفقه والقضاء ان المسئولية التعاقدية بخصائصها تمتد الى عقد النقل الجوى » .

ويلاحظ ان المحكمة اثبتت فى هذا الحكم وجود اتفاق على الاعفاء من المسئولية اعتبرته اعفاء من المسئولية العقدية يترتب عليه تطبيق احكـام المسئولية التقصيرية كما اثبتت خطأ الشركة المدعى عليها فى استعمال جهـاز القيادة الاوتوماتيكى قبل أن يقوم البرهان على سلامة التعويل عليه فضـلا عن خطأ طاقم الطائرة فى عدم الانتباه لتفادى مثل هذا العطب المفاجىء الذى اصاب الجهاز المذكور ، وانها بناء على ذلك طبقت على الدعوى فى شقيها سواء فيما يتعلق بالتعويض المطلوب عن الضرر الذى أصاب المورث نفسه أو فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الذى أصـاب الورثة شخصيا قواعـد المسئولية التقصيرية واستبعدت بذلك تطبيق الاتفاق على تحديد المسئولية بالمبلغ المتفق عليه وقدرت التعويض بقدر الضرر الواقع .

العمل بالتقنين الجديد ، فيصدق فى شأن هذه الأحكام الثلاثة ما قلناه عن حكم سنة ١٩٥٠ .

ولما عرضت على المحاكم حوادث نقل جديدة وقعت بعد صدور التقنين الجديد ظلت المحاكم تحت تأثير الرأى السابق ولم تكلف نفسها مؤونة اعادة النظر فيه فى ضوء النصوص الجديدة بالرغم من تسليمها بأن ذلك الرأى يعوزه السند القانونى فقالت محكمة استئناف الاسكندرية فى حكم لها بتاريخ ٢٩ فبراير سنة ١٩٥٦ « أنه من جهة مسئولية الناقل ازاء الراكب أهى مسئولية عقدية أم مسئولية تقصيرية ، فقد أصبح من المفروغ منه الآن أن هذه المسئولية هى مسئولية عقدية ترتب على الناقل أن يوصل الراكب سليما . وكل ما على الراكب أن يثبته هو أن الحادث وقع أثناء السفر دون أن يكلف اثبات سبب الحادث ولا علاقته بالسفر ، وقد كان عقد النقل مجالا لتطبيق نظرية الضمان ، تلك النظرية التى ابتدعها القضاء دون أن يكون لها أساس أصيل من نصوص القانون ولا من نية المتعاقدين ، بل هى نظرية بريتورية prétorienne ولكنها عادلة أرساها القضاء الى حد أنه اعتبر الناقل متعهدا بنقل المسافر سليما والا اعتبر مسئولا مسئولية لا يرفعها عنه الا أن يثبت أن الحادث يرجع الى خطأ غير متوقع من المسافر أو من الغير أو يرجع الى قوة قاهرة لا تتصل بمهمات النقل .

« وحيث انه تأسيسا على هذا تكون مصلحة السكك الحديدية مسئولة أصلا دون حاجة الى اثبات خطأ عليها ولكن مسئوليتها ترتفع عن عاتقها اذا ما أثبتت من جانبها أن هناك قوة قاهرة أو فعلا من الغير كان السبب المباشر فى وقوع الحادث ... » .

وظاهر من ذلك أن المحكمة قد سلمت تسليما كاملا بالقضاء السابق الذى نشأ فى ظل التقنين القديم مع نعتها اياه بأنه قضاء بريتورى يقوم على العدالة لا على نصوص القانون . وكان جديرا بها بعد أن نعتته بهذا الوصف أن تعيد النظر فيه فى ضوء أحكام القانون الجديد لعلها تجد فيها

نصا تبنى عليه الحكم الذى أملته العـــدالة على المحاكم فيمـــا مضى ، فتؤسس قضاء جديدا يكون له سند من القانون لا من مجرد العـــدالة فحسب •

غير أنا نجد فى وقائع القضية التى فصل فيها هذا الحكم ما يفسر لنا مسلك المحكمة فى عدم التدقيق فى طبيعة مسئولية الناقل ، ذلك أن أهم ثمرة عملية للتفرقة بين المسئولية العقــدية والمسئولية التقصيرية وفقا للقانون القديم هى التى تتعلق بعبء اثبات خطأ الناقل • فبينما قواعد المسئولية العقدية لا تتطلب من الراكب المصاب اثبات الخطأ المعين الذى وقع من الناقل وأدى الى حدوث الاصابة للراكب بل تلزم الناقل بأن يثبت أن الاصابة المذكورة يرجع حدوثهـــا الى سبب معين أجنبى عنـــه : فان قواعد المسئولية التقصيرية وفقا لذلك التقنين كانت فى مثل هذه الحالة تقضى بأن لا تقوم مسئولية الناقل الا اذا ثبت أنه تسبب بخطـــأ معين منه فى وقوع الحـــادث • وفى القضية التى فصل فيهـــا حكم استئناف الاسكندرية المشار اليه ثبت أن الحادث وقع بسبب أجولة ملأى بمواد مفرقعة أدخلها أحد الركاب معه فى القطار وأخـــذ يلقى بها من النافذة تباعا عند وصوله الى جهة معينة فألقى خمسة أجولة وقعت بعيـــدا عن خط السكة الحـــديدية دون أن تنفجر ووقع السادس منهـــا على شريط السكة الحديدية تحت عجلات القطار فانفجـــر وأصاب القطـــار وركابه بأضرار بالغة ، وتمسكت مصلحة السكة الحـــديدية بخطأ ذلك الراكب باعتباره خطأ شخص أجنبى عنها تدفع به مسئوليتها ولكن المحكمة رأت أن المصلحة المذكورة كانت تستطيع بشىء من الرقابة أن تمنع وقوع هذا الخطأ من الراكب المشار اليه وأنهـــا اذ قصرت فى ذلك لا يعتبـــر خطأ الراكب المذكور أجنبيا عنها و لايدفع مسئوليتها • وعندى أن ثبوت هذا التقصير وحده من جانب المصلحة كـــان يكفى لمساءلتها وفقـــا لقواعد المسئولية التقصيرية طبقا للقانون القـــديم دون حاجة الى الالتجاء الى قواعد المسئولية العقدية • ولأن مساءلة المصلحة كانت ميسورة ــ سواء وفقا للمسئولية التقصيرية أو وفقا للمسئولية العقدية ــ لم تجد المحكمة

مقتضيا قويا للتدقيق فى تكييف مسئولية الناقل فى هذه القضية وتعيين طبيعتها عقدية كانت أو تقصيرية ، فرددت دون حرج ما جرى به القضاء فى ظل التقنين القـــديم مدفوعا برغبتـــه فى تحقيق العدالة • ولكنها لو أعادت بحث الموضوع من أساسه كان يحتمل أن تصل فيه الى نظـــر آخـــر •

وكذلك الأمر فيما يتعلق بالوقائع التى فصل فيها حكم آخر صـــدر من محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٧ فى حادث سقطت فيه احدى طائرات شركة مصر للطيران قرب طهران فقتل فيه أحد الركاب الذين استقلوا الطائرة المذكورة من بغداد ورفع ورثته دعوى التعويض على الشركة فى مصر طالبوا فيها أولا بحق المجنى عليه فى التعويض عن موته على أساس مسئولية الشركة العقدية وثانيـــا بحقهم فى التعويض عن الضرر الذى أصابهم شخصيا بسبب موته وذلك على أساس مسئولية الشركة التقصيرية عن خطأ تابعها قائد الطائرة المنكوبة •

فكان يتعين على المحكمة فيما يتعلق بالشق الأول من الدعوى أن تدقق فى تكييف مسئولية الشركة قبل الراكب المضرور أهى مســـئولية عقدية أم تقصيرية ولكن المحكمة لم يخامرها أى شك فى ذلك حيث قررت فى ثقة ويقين « أنه مما لا شك فيه أن الفقه والقضاء فى مصر قد انعقـــد رأيهما على أن المسئولية الناشئة عن عقد النقل بريا أو بحريا أو جويا انما هى مسئولية عقدية ، كما أن الفقه الفرنسى يرى نفس الرأى » (وأشارت فى ذلك الى موجز هنرى مازو فى القانون المدنى طبعة ١٩٥٥ والى حكم محكمة مصر الابتدائية بتاريخ ١٣ مارس ١٩٥١ الذى تقدمت الاشارة اليه) ، ثم رتبت على ذلك مسئولية الشركة بمجرد وقوع الحادث الذى أصيب فيه الراكب ، لأن ذلك يعد اخلالا بالتزام ضمان الســـلامة الناشىء عن العقد موجبا مسئوليتها طالما أنها لم تقدم ما يدل على أن الحادث نشأ عن سبب أجنبى لا يد لها فيه واستطردت تقول « بل الثابت عكس ذلك اذ جاء بتقرير اللجنة الدولية أن الطيار قائد الطائرة المنكوبة

هو السبب المباشر للحادث لعدم استعماله وسائل الطيران بالأجهزة بل اعتمد فى طيرانه على قواعد طيران الرؤيا وأنه لم يتبع أى خطة اقتراب للهبوط باستعمال المناورات اللاسلكية الموجودة بالرغم من قربه للمنطقة الجبلية الوعرة ورغم أحوال الطقس الرديئة التى كانت سائدة فى ذلك الوقت فى مطار مهر أباد ... الخ » .

ويبين من ذلك أن هـذا الحكم اذ فصل فى واقعـة حدثت فى ظل التقنين الجديد وقضى فيها باعتبار مسئولية الناقل الجوى عن اصـابة الراكب مسئولية عقدية كان فى ذلك — هو أيضا — متأثرا بالقضاء السابق الذى تكون فى ظل القانون القديم ، ولم تكلف المحكمة فيه نفسها مؤونة اعادة النظر فى تكييف هـذه المسئولية فى ضـوء نصوص التقنين المدنى الجديد التى حوت فى المـادة ١٧٨ منه نصا يكفل التعويض للمصابين فى مثل هذه الحوادث دون ارهاق عقد النقل والمسئولية المترتبة عليه بما لا يحتملانه من التزامات ومسئوليات ، وبخاصة لأن القضية التى فصلت فيها كان خطأ الناقل الذى تتطلبه قواعد المسئولية التقصيرية العـادية ثابتا فيها على الوجه الذى تقدم أن المحكمة بينته فى استطرادها سالف الذكر ، فلم يكن من شأن التدقيق فى طبيعة المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، أن يؤدى الى تغيير ما قضت به المحـكمة من الزام النـاقل بالتعويض .

لذلك يبدو لنا أن هذه الأحكام الحديثـة التى قررت أن مسئولية الناقل عن اصابة الراكب مسئولية عقدية — بما فى ذلك الحكم موضوع هذا التعليق والحكمان الآخران اللذان فصـلا فى وقائع يسرى عليهـا التقنين الجديد — لا تفيد أن هذا التكييف هو التكييف الصحيح الـذى يقوم على أساس من القانون ، وانما تدل فقط على أن المحاكم ظلت تسير على القضاء السابق الذى كان مسلما أنه يعوزه السند القانونى وأنه لا يقوم الا على أساس العـدالة ، ولا تنفى ما سبق أن قررناه من أن القانون الجديد قد أوجد فى المادة ١٧٨ سندا قانونيا لمسئولية تقصيرية

تقوم ابتداء كما هو الشأن فى المسئولية العقـدية ، أى دون حاجة الى قيام الراكب باثبات خطأ معين فى مسلك الناقل ، وأن هذه الوسيلة التى استحدثها التقنين الجديد تكفى لتحقيق العدالة فى حوادث نقل الركاب الى حد كبير على أساس القانون ، فيتعين الأخذ بهـا بدلا من استمرار السير على ذلك القضاء البريتورى الذى اضطرت اليه المحـاكم فى ظل التقنين القديم لانعدام مثل هـذه الوسيلة فيه لأنه متى وجد الأساس القانونى لحل معين كان هو أولى بالاتباع من مجرد الاستناد الى قواعد العدالة ولا سيما اذا كان هـذا الاستناد الأخير يقتضى ارهاق الواقع الذى اتجهت اليه ارادة العاقدين .

وليس هذا رأينـا وحدنا بل سـبقنا اليـه كثير من أئمة الفقـه الفرنسى (٥) . وقـد اعترض عليه البعض بأن الاستناد الى قواعـد المسئولية عن الأشياء لا يكفى لحماية الراكب لأن هذه المسئولية يشترط فيها أن ينتج الضرر عن تدخل ايجابى للشىء فلا تسعف المضرور اذا لم يكن الضرر ناجما عن مثل هذا التدخل ، ولأن تطبيق قواعـد المسئولية التقصيرية يؤدى — فى مجـال المسئولية عن فعـل الغير — الى قصر مسئولية الناقل على نطاق أعمال تابعيه وحدهم دون الأشخاص الآخرين الذين يستعين بهم فى تنفيذ التزامه من غير تابعيه (٦) .

غير أن هذا الاعتراض مردود بأن كـلا من النظـامين — نظـام المسئولية العقدية ونظام المسئولية التقصيرية — له مزاياه ونقائصه . فاذا صح أن نظـام المسئولية التقصيرية يقصر عن حمـاية الراكب من

(٥) انظر جوسران فى كتاب النقل الطبعة الثانية نبذة ٨٨٣ وما بعدها ، بـران Brun فى كتابه فى المسئوليتين العقدية والتقصيرية والصلة بينهما ، باريس سنة ١٩٣١ نبذة ١٨٥ وما بعدها والشراح الـذين أشـار اليهم فى الهامش ، موران فى كتابه عن ثورة القانون على التقنين ص ٦٢ ، فريد مشرقى فى أصول القـانون التجارى المصرى جـ ١ نبـذة ٤٢٢ ص ٥٢٧ — ٥٢٨ ، والمراجع الأخرى العديدة التى أشار اليها ثروت أنيس فى هامش ص ١٤٦ من رسالته فى مسئولية الناقل الجوى . القاهرة سنة ١٩٥٩ .

(٦) فى هذا المعنى ثروت أنيس فى رسالته سالفة الذكر ص ١٤٧ .

الناحيتين اللتين أبرزهما الرأى المعارض ، فان نظام المسئولية العقدية يقصر هو أيضا عن حماية الراكب من حيث انه يجيز الاتفاق على الاعفاء من مسئولية الناقل فيفقـد الراكب بذلك كل حمـاية ، وانه لا يخول المصاب تعويضا الا عن الضرر الذى كان يمكن توقعه وقت التعاقد فى حين أن نظـام المسئولية التقصيرية يكفل للراكب حمـاية أوفى لأنه لا يجيز شروط الاعفاء من المسئولية ويخول المصـاب تعويض جميـع الأضرار المباشرة متوقعة كانت أو غير متوقعة .

وليس المهم هو قدر المزايا التى يكفلها كل من النظامين للمصابين أو الموازنة بين مزايا كل منهما ، وانمـا المهم هو الأساس القانونى الذى يسند تكييف المسئولية مع كفالة القدر الكافى من الحماية للراكب . وقد توافر لدينا هذا الأساس فى المادة ١٧٨ من التقنين الجديد ، فأغنانا عن الالتجاء الى ارهاق العقد والمسئولية العقدية تحقيقا للعدالة .

ونظرا للمزايا التى ينفرد بهـا كل من النظـامين المذكورين ، فان الأهمية العملية للتدقيق فى تكييف مسئولية أمين النقل عامة ، وأمين النقل الجوى خاصة ، واضحة كل الوضوح . لذلك نرجو أن يعرض الأمر فى وقت قريب على محكمة النقض فى احدى الصور التى تبرز فيها الأهمية العملية للتفرقة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية حتى تتـاح الفرصة للمحكمة العليا أن تنظر فى المسألة من أساسها وفى ضوء المبادىء القانونية السليمة والنصوص المعمول بها لتقول فى هذا الشأن كلمتهـا التى سيكون فيها فصل الخطاب (٧) .

---

(٧) وسيجىء فيما بعد ص ٢٩٣ ان فرصة بحث هذه المسألة قد سنحت أخيرا لمحكمة النقض ولكن المحكمة تجنبت هذا البحث بمقولة انه حتى مع التسليم بان مسئولية المدعى عليه عقدية وليست تقصيرية فان ذلك لا يغير من الامر شيئا مادام قد ثبت ان الحادث راجع الى سبب أجنبى ، وسنبين فيما يلى ان ما اعتبرته المحكمة سببا أجنبيا نفت على أساسه المسئولية التقصيرية لم يكن هو السبب الاجنبى بمعناه الفنى الذى يلزم توافره لدفع المسئولية العقدية فكان ثبوته لا يكفى للقول بانعدام المصلحة فى تكييف المسئولية بأنها عقدية .

ويلاحظ أن جميع الأحكام التى تقدمت الاشارة اليها قد قررت أن مسئولية أمين نقل الركاب العقدية تقوم بمجرد ثبوت الاصابة التى تعد اخلالا بالالتزام بالسلامة وأنه يجوز لأمين النقل دفعهـا بأن يثبت أن الحادث وقع بسبب أجنبى عنه لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجىء أو خطأ الراكب أو خطأ شخص أجنبى وأن ذلك مطابق لاجماع الفقه والقضاء فى هذا الشأن وأن المقصود به هو اثبات السبب الأجنبى بمعناه الفنى الدقيق كما سيجىء فيما بعد (٨) .

٢ — قيمة الشروط المطبوعة على تذاكر السفر بتحديد مسئولية أمين النقل بمبلغ معين :

قال الحكم موضوع التعليق أن الشروط المطبوعة التى ترد فى تذاكر السفر بحصر مسئولية أمين النقل فى الأحوال التى يعزى فيهـا الحادث الى خطئه أو خطأ تابعيه بتحديد مقدار التعويض لا تغير من مسئوليته المستمدة من القواعد العامة لأن مثل هذه الشروط التى لا تقبل المناقشة فيها ولا يسع الراكب الا أن يقبلها مادام راغبا فى السفر تعتبر شروطا اذعانية لا يعتد بها القاضى .

وهذا القول على اطلاقه يوحى بأن المحكمة ترى أن جميع شروط الاذعان تقع باطلة ولا يعتد بها بمجرد ثبوت هذه الصفة لها . ونعتقـد أن هذا القول قـد جاوز قصد المحكمة من حيث تعميمه لأن الأصل فى شروط الاذعان — سواء فى ظل التقنين الحالى حيث ورد فيه نص خاص

---

(٨) فى هـذا المعنى من أحكام النقض الحديثة حكم نقض أول فبراير ١٩٨٣ فى الطعن ١٢٨٨ سنة ٤٨ ق قرر ان مسـئولية النـاقل الجوى عن الضرر الذى يقع فى حالة وفاة أو اصابة الراكب . مناطها أن يقع الحـادث على متن الطائرة أو أثناء عمليات الصعود أو الهبوط واساسها خطأ مفترض من جانب الناقل لا يرتفع عنه الا اذا اثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادى الضرر أو كان من المستحيل عليه اتخاذها (مادة ١٧ و ٢٢ من اتفاقية فارسوفى) .

بشأنها أو فى ظل التقنين السابق الذى كان خاليا من مثل هذا النص — أنها صحيحة ويتم بها العقد وتترتب عليها آثارها كاملة الا اذا ثبت أن هذه الشروط تعسفية أو أن الطرف المذعن لم يعلم بها ولم يكن فى وسعه أن يعلم بها • ففى الحالة الأولى يجوز للقاضى تعديلهـا أو ابطالها ، وفى الثانية يجوز له أن يعتبرها غير موجودة أصلا لعدم انعقاد ارادة العاقدين المشتركة عليها (٩) •

يبين من ذلك أنه ما كان يكفى الحكم موضوع التعليق فى عـدم اعتداده بتلك الشروط المطبوعة على تذكرة السفر مجرد وصفها بأنهـا شروط اذعانية وكان يجب أن يبين وجه عدم الاعتداد بها سواء أكان ذلك لأنها تعسفية أم كان لأنها مطبوعة بأحرف صغيرة لا يستطيع القارىء تبين أهميتها أم لوجود شروط مخطوطة تنقضها ••• الخ •

ولو أن المحكمة كانت حاولت بيان ذلك ربما كان يتغير وجه الرأى عندها ويبين لها أن تلك الشروط كان فى وسع الراكب أن يعلم بها وأنها بعيدة عن التعسف •

وقد قضت فعلا بصحة مثل هذه الشروط محكمة القاهرة الابتدائية بتاريخ ٢ يونيه ١٩٥٢ فى القضية رقم ١٦٧٨ سنة ١٩٥١ كلى مصر التى تقدمت الاشارة اليها حيث قررت أنه « لا يوجد مجال لتطبيق نظريات الأذعان على تذكرة السفر بالطائرة وهى عقـد نقل اشترط الاعفاء من المسئولية فيه وله أحكام خاصة فى الفقه والقضاء يغنى الطرفين والمحكمة عن الجدل فى اعتبار تذكرة السفر عقد اذعان ••• » (١٠) •

---

(٩) راجع فى ذلك عبد المنعم الصدة فى عقود الاذعان ، رسالة من جامعة القاهرة ١٩٤٦ ، وكتابه فى مصـادر الالتزام ص ١٠٨ وما بعـدها ، والسنهورى فى الوسيط جـ ١ ص ٢٣٢ نبذة ١١٨ ، وكتابنا فى نظرية العقـد ١٩٥٦ نبذة ٩٣ ، والوافى جـ ٢ المجـلد الاول فى نظرية العقـد سنة ١٩٨٧ ص ١٨٢ .

(١٠) انظر فى ذلك نقض مدنى ١٩٦٠/٤/٢١ فى الطعن رقم ٢٩٦ لسنة ٢٥ ق مجموعة أحكام النقض س ١١ ، ص ٣٣٠ ، رقم ٥٠ .

٣ — بدء سريان أحكام معاهدة فارسوفى الدولية فى مصر :

وضعت معاهدة فارسوفى الدولية الخاصة بأحوال المسئولية عن النقل الجوى الدولى للركاب وبتحديد مقدار التعويض الذى يستحق عن حوادث الطيران فى سنة ١٩٢٩ • ومن أهم أحكامها افتراض الخطأ فى جانب أمين النقل الجوى عند وقوع حادث لأحد الركاب الى أن يثبت هو أن الحادث لا يرجع الى خطأ منه أو من أحد تابعيه ، وكذلك تحديد مبلغ التعويض الذى يستحق عن وفاة الراكب بمائة وخمسة وعشرين ألف فرنك بوانكاريه وهو ما يساوى ٢٨٥٠ جنيه مصرى ، وقد ضوعف هذا الحد الأعلى للتعويض فى بروتوكول لاهاى المعدل لاتفاقية فارسوفى المشار اليها بتاريخ ٢٨ سبتمبر ١٩٥٥ •

غير أنه من المسلم أن مثل هذه المعاهدة الدولية لا تلزم محاكم أى بلد بتطبيقها الا بناء على قانون يصدر باعتمادها والانضمام اليها ولم تعتمد مصر هذه المعاهدة ولم تنضم اليها الا فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٥ بمقتضى القانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ ولم تعتمد بروتوكول لاهاى المعدل لها الا فى ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ بمقتضى القانون رقم ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ ، فلا تطبق المحاكم المصرية هذه المعاهدة فى الحالات التى يكون فيها القانون المصرى هو الواجب التطبيق الا على الحوادث التى تقع بعد ٧ ديسمبر ١٩٥٥ ولا تطبق أحكام البروتوكول المشار اليه الا على الحوادث التى تقع بعد ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ ، أما ما سبق ذلك من حوادث فتسرى عليه القواعد العامة للقانون المصرى سواء من حيث تكييف المسئولية أو عبء اثبات الخطأ أو أسباب دفع المسئولية أو شروط الاعفاء من المسئولية أو تحديدها الخ • فلزم التنويه بذلك لأهميته (١١)•

---

(١١) انظر فى ذلك ثروت انيس فى مسئولية الناقل الجوى ، رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٥٩ ص ٦٨ وما بعدها •

٤ ـ انتقال حق المصاب فى التعويض الى ورثته :

قررت المحكمة فى هذا الحكم فى صيغة عامة مطلقة أنه من المقرر فى ظل التقنين المدنى القديم أن حق المصاب فى التعويض يتحول الى مال فى حالة وفاته وينتقل الى ورثته ويستوى فى ذلك أن يكون المصاب قد توفى فور الحادث الضار أو لم يمت الا بعد انقضاء مدة قصرت أو طالت من وقوع ذلك الحادث • ولم يفتها ملاحظة أن ما تقرره يخالف حكم المادة ٢٢٢ من التقنين الجديد الذى يقيد انتقال حق التعويض الى الورثة فى بعض الحالات بشروط معينة فقالت : ان هذا الحكم الأخير مستحدث لا يسرى الا من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ •

ومفاد ذلك أنها اعتبرت أن مبدأ انتقال حق المصاب فى التعويض الى ورثته كان فى ظل التقنين القديم مسلما على اطلاقه وأن التقنين الجديد هو الذى قصر تطبيق هذا المبدأ وقيده بشروط استحدثها •

والواقع أن الأمر بخلاف ذلك وأن فهمه على وجهه الصحيح يحتاج الى تفصيل يستند الى التفرقة بين الضرر المادى والضرر الأدبى ، لأن هذا القول الذى أرسلته المحكمة مطلقا لا يصدق الا على الضرر المادى • واذا خصص بذلك فانه لا يكون ثمت تعارض بينه وبين المادة ٢٢٢ مدنى جديد التى ورد نصها خاصا بالضرر الأدبى وحده وبالتالى لا محل لما ذهب اليه الحكم موضوع هذا التعليق من القول بأن مضمون هذه المادة مستحدث لا يسرى الا من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ •

ومن المسلم أن الضرر المادى هو الذى يسبب للانسان خسارة مالية وهو نوعان : نوع يصيبه مباشرة فى ماله أى فى حق من الحقوق التى تدخل فى تقويم ثروته ، ونوع يصيبه فى جسمه اصابة تفقده قدرته على الكسب كلها أو بعضها أو يصيبه فى سمعته اصابة تحول عنه عملاءه •

والنوع الأول يخول من يصيبه حقا فى التعويض يعتبر حقا ماليا يثبت له بمجرد حدوث الضرر وينتقل منه الى ورثته ، سواء أكان قد طالب به وحكم له به قبل وفاته ، أم لم يطالب ، أم طالب ولما يحكم له (١٢) ٠

أما النوع الثانى من الضرر المادى فقد قضت المحاكم الفرنسية أول الأمر بأنه يخول المضرور حقا فى التعويض ولكن هذا الحق يكون حقا شخصيا بحتا لا ينتقل من بعده الى ورثته ٠ غير أنها عدلت عن ذلك منذ أواخر القرن الماضى وقررت أن الضرر المادى بنوعيه أى سواء أصاب المضرور فى ماله مباشرة أم أصابه عن طريق اصابته فى جسمه أو فى حريته أو فى سمعته ، يخوله حقا فى التعويض يعتبر عنصرا من عناصر ذمته المالية وينتقل من بعده الى ورثته (١٣) ٠

والضرر الأدبى هو الذى يصيب الانسان فى جسمه اصابة تسبب له آلاما جسمانية أو يصيبه فى عاطفته أو فى شرفه أو فى كرامته بقطع النظر عن أية خسارة مالية ٠ وقد كان حق تعويضه تعويضا ماليا محل خلاف ، اذ رفضت المحاكم التسليم به أول الأمر واستندت فى ذلك الى أن الضرر الأدبى بطبيعته ضرر لا يعتبر خسارة مالية فلا ينجبر بالتعويض المالى وأنه مما ينافى المثل العليا الأخلاقية أن ينزل الشخص شرفه واعتباره وعواطفه منزلة الأموال المادية فيسمح لنفسه أن يثرى من جراء اعتداء الغير عليها ٠ وأن تقدير الضرر الأدبى يختلف باختلاف الأشخاص والمحاكم وأن تقويمه بالمال لابد أن يكون تحكميا فلا يمكن أن يحقق العدالة ٠

---

(١٢) فى هذا المعنى مازو نبذة ١٩٠٣ ، سوردا ج ١ نبذة ٥٣ ، ديموج ج ٤ نبذة ٥٣٩ ، مصطفى مرعى نبذة ٣٢٥ ، التللى فى تحقيق الجنايات الطبعة الاولى ص ١٢٠ ، السنهورى فى الوسيط ج ١ نبذة ٥٧٢ ٠

(١٣) نقض فرنسى ١٠ ابريل ١٩٢٢ والوز ١٩٢٣ — ١ — ٥٢ ، وفى هذا المعنى بيدان الطبعة الاولى ج ٤ نبذة ١٢١٥ ، مازو نبذة ١٩٠٨ ٠

غير أن المحاكم ما لبثت أن عدلت عن ذلك حيث رأت أن التعويض المالى اذا كان لا يمحو الضرر الأدبى فانه يعطى المضرور ترضية تخفف عنه ذلك الضرر وأن صعوبة تقدير الضرر وتقويمه لا يجوز أن تكون سببا فى عدم تعويضه وان العدالة والمثل العليا تأبى أن يفلت المتسبب فى الضرر من كل جزاء لمجرد أن الضرر أدبى (١٤) .

وقد تغلب هذا النظر الأخير وانعقد عليه من زمن غير قريب اجماع الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر وقضت محكمة النقض المصرية بأن الضرر الأدبى يصح أن يعوض عنه تعويضا ماديا لأن التعويض المادى — مهما قيل عن تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبى — يساعد ولو بقدر على تخفيف الألم عن نفس المضرور (١٥) .

غير أن هذا الاجماع اقتصر على التسليم للمضرور بحق التعويض عن الضرر الأدبى ولم ينعقد على طبيعة هذا الحق وخصائصه ، فذهب فريق من الشراح والمحاكم الى أن هذا الحق حق شخصى بحت يتوقف اعتباره من الحقوق المالية ودخوله فى ثروة الانسان على تقدير المضرور له ومطالبته به . فاذا توفى المضرور قبل أن يطالب به انقضى هذا الحق بانقضاء شخصيته ولم يوجد فى تركته وامتنع انتقاله الى ورثته (١٦)

---

(١٤) انظر فى ذلك دروسنا لطلبة الدكتوراه فى المسئولية المدنية سنة ١٩٥٥ ص ١٢٦ وما بعدها .

(١٥) نقض ٧ نوفمبر ١٩٣٢ مرجع القضاء رقم ٥٣٦٩ المحاماة ١٣ — ٥٠٢ — ٢٥٢ مجموعة القواعد القانونية ٣ — ١ — ١ ملحق القانون والاقتصاد ٣ ص ٢٤٦ ، انظر أيضا نقض جنائى ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ — ١٣٥٤ — ٤٢٤ التشريع والقضاء ٤ — ١٣٧ — ١١٣ ، وأيضا ٢٥ مارس ١٩٠٥ المجموعة ٦ — ١٥٦ — ٧٥ ، ونقض مدنى ١٠ ديسمبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ — ٢٤١ — ٣٦ .

(١٦) هيك جـ ٨ نبذة ٤٢٠ ، بيدان جـ ٤ نبذة ١٢٤٥ ، ديموج جـ ٤ نبذة ٤١٤ ، بلانيول وريبير الموجز جـ ٢ نبذة ١٠٠٨ والمطول جـ ٦ نبذة ٦٥٨ ، لوسين ريبير فى رسالتها عن تعويض الضرر سنة ١٩٣٣ نبذة ١٣٠ ، سافاتييه فى المسئولية المدنية جـ ٢ نبذة ٦٢٢ و ٦٢٩ وتعليق فى مجلة القانون المدنى الفصلية ١٩٤٠ — ١٩٤١ ص ٩٠ رقم ٢٢ وآخر فى دالوز ١٩٤٠ — =

بل ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض أحكامها الى حـد القول بأنه لا يكفى لانتقال حق المصاب الى الورثة أن يكون المصاب قد طالب به حال حياته بل يجب أن يصبح هذا الحق مقررا قبل وفاة صاحبه اما بحكم نهائى واما باتفاق بين الطرفين (١٧) .

ولكن هذا الرأى كان يعوزه فى ظل التقنين المـدنى الملغى السـند القانونى ولم يكن من الصعب تفنيده .

فالقائلون به يزعمون (أولا) أن حق التعويض عن الضرر الأدبى لا يدخل فى ذمة المضرور المالية الا متى حصلت المطالبة به . وهذا الزعم لا يتفق مع المبادىء العـامة . اذ أنه من المسلم أن الحق فى التعويض سـواء فى ذلك التعـويض عن الضرر الأدبى والتعـويض عن الضرر المادى — ينشأ عن الفعل الضار ومن وقت تحقق الضرر منه أو صيرورته محقق الوقوع . فلا محل لتعليق نشوء الحق فى تعويض الضرر الأدبى على حصول المطالبة به . فوق أن هذا التعليق لا يتفق مع المنطق . لأنه اذا كان الحق لا يوجـد ولا يدخل فى الذمة المالية قبل المطـالبة به فان وجوده يكون مستحيلا لعدم جواز المطالبة بأى حق قبل نشوئه .

وهم يدعون — أيضـا — أن وفاة المضرور دون أن يطالب بهـذا الحق دليل على تنازله عنه . ولكن هـذه الدعوى مردودة بأن التنـازل لا يفترض وبأن سكوت المضرور عن المطـالبة لا يفيـد حتما نزوله عن الحق بل ربما يكون ذلك راجعا الى أنه لم يتمكن من المطالبة أو الى أنه

= ٢ — ٩ ، كولان وكابيتان جـ ٢ نبذة ٢٥٤ ، عبد السلام ذهنى فى الالتزامات ص ٧٣٥ نبذة ٧٩٤ ، حشمت أبو ستيت فى الالتزامات الطبعة الاولى ص ٣٣١ نبذة ٤٦٧ ، استئناف مختلط ١٧ يونيه ١٩١٤ الغازيت ٤ — ٤٨٦ — ٢٠٤ ، أول ديسمبر ١٩١٥ (٢٨ ص ٣٧) الغازيت ٦ — ٣٢ — ٥٦ ، ١٣ مـارس ١٩١٨ (٣٠ ص ٢٧٩) ، بنى سويف جنح مستأنفة ٢ مارس ١٩٢٢ المحاماة ٢ — ٣٦٢ — ١١٥ .

(١٧) استئناف مختلط ١٥ يونيه ١٩٣٨ (٥٠ ص ٣٦٧) ، ٢٧ نوفمبر ١٩٤٠ (٥٣ ص ٢٠) .

كان يؤمل الوصول الى اتفاق مع المسئول عن التعويض فأدركته منيته قبل أن يتمكن من المطالبة أو يتحقق أمله فى الاتفاق •

وهم يقولون — أخيرا — ان حق التعويض عن الضرر الأدبى حق متصل بشخص المضرور فلا يجوز لغيره أن يباشره • وكانوا يستدلون على ذلك بالمادة ١٤١ أهلى ، ٢٠٢ مختلط ، ١٣٦٦ فرنسى التى تجيز للدائنين أن يقيموا باسم مدينهم الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات عدا الدعاوى الخاصة بشخصه كما ورد فى النص الفرنسى sauf les actions purement personnelles للتقنين المصرى الملغى أو à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne كما ورد فى نص القانون الفرنسى •

وهذا القول أيضا بعيد عن الصواب لأنه حتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر الأدبى حق متصل بشخص المضرور لا يجوز لغيره أن يباشره حال حياته ، يبقى أن هذا الحق له وجود فى ذمة الشخص المالية ، وانه يتخلف عنه بعد وفاته ، فينتقل الى ورثته فى ضمن محتويات تركته • ولا يسرى على الورثة التحريم الوارد فى النص المشار اليه بشأن الدائنين لأن أولئك يكملون شخصية المورث ويقومون مقامه فى جميع حقوقه خلافا لدائنيه حال حياته •

لذلك قال فريق آخر من الشراح بانتقال الحق الى الورثة دون اشتراط حصول المطالبة به حال حياة صاحبه مادام هذا لم ينزل عنه (١٨) •

---

(١٨) لابيه فى تعليقه فى سيرى ١٨٨١ — ٢ — ٢١ ، لاكوست تعليق فى سيرى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ ، سوردا جـ ١ نبذة ٥٧ ، بودرى وبارد جـ ٤ نبذة ٢٨٨٤ ، جوسران فى كتاب النقل نبذة ١٩٢٢ ، ديموج جـ ٤ نبذة ٣٨ ، بيدان جـ ٤ نبذة ١٢٤٥ ، جيلهو Guilhou فى بحث له فى تعويض الالام الجسمية التى يتحملها المجنى عليه الذى يقضى نحبه ، غازيت القضاء ١٩٣٧ — ٢ — ٣٦ من القسم الفقهى ، هنرى وليون مازو نبذة ١٩٠٩ وتعليقاتهما فى مجلة القانون المدنى الفصلية ١٩٣٨ ص ٤٦٧ نبذة ١٩ ، ١٩٣٩ ص ٧٥٢ نبذة ٢٤ ، ١٩٤٢ ص ٢٠٢ نبذة ٢٠ ، وفى دالوز الانتقادى ١٩٤٣ — ١ — ٤٥ ، وكتابنا فى الفعل الضار الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ نبذة ٢٩ .

وقـد أخذت بهذا الرأى محـكمة النقض البلجيكية منـذ سنة ١٩٣٠ (١٩) وتابعتها فيه سائر المحاكم البلجيكية (١٩ مكرر)، كما أخذت به محكمة استئناف باريس فى حكمين بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٣١ (غازيت القضاء ١٩٣١ — ١ — ٦٩٤) و ١٥ يونيه ١٩٣٧ (مشار اليه فى مقـال جيلهو سالف الذكر)، ثم محكمة النقض الفرنسـية بتاريخ ١٨ يونيـه ١٩٤٣ (٢٠) . أما المحـاكم المصرية فلم تصل قط الى هـذا الحـد . بل وقفت عند حد الرأى السابق كما تقدم .

واذا رجعنا الى وقائع الحكم موضوع هذا التعليق وجدنا فيهـا أن المدعين طالبوا بتعويض عن الضرر المـادى والأدبى الذى أصـاب مورثهم ، فوق مطالبتهم بتعويض عن الضرر المادى والأدبى الذى أصاب كلا منهم شخصيا . فاذا ألفينا الحكم يقول فى صيغة عامة مطلقة « انه من المقرر فى ظل التقنين المدنى القـديم أن حق المصـاب فى التعويض يتحول الى مال فى حالة وفاته وينتقل الى ورثته » ، تبادر الى الذهن أن الحكم يقرر ذلك فى شأن تعويض كلا النوعين من الضرر متأثرا بوجود ضرر مادى جسيم الى جانب الضرر الأدبى المطلوب تعويضه ، ولـكن الواقع أن المحكمة نظرت فى ذلك الى الضرر الأدبى على انفراد وقالت فى شأنه « انه حتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر الأدبى حق شخصى يتصل بذات المجنى عليه لا يجوز لغيره أن يباشره عنه حـال حياته ، فان ذلك لا ينفى عن هـذا الحق صفته المالية ووجوده فى ذمة صاحبه حال حياته وتخلفه عنه بعد موته فى ضمن تركته وانتقاله بالتالى الى ورثته . وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية ابتداء من سنة ١٩٤٣ الى أن هذا الحق ينتقل الى ورثة المجنى عليه ، كما ينتقل اليهم حقه فى التعويض عن الضرر المادى مادام المجنى عليه لم ينزل عنه قبل وفاته ،

---

(١٩) نقض بلجيكى ٣٠ يونيه ١٩٣٠ مجلة التأمين والمسئولية ١٩٣٢ ص ١٠٥٩ .

(١٩ مكرر) أنظر الاحكام العديدة التى ذكرها بيرسون ودى فيليه ج ١ نبذة ٢١٢ .

(٢٠) دالوز الانتقادى ١٩٤٣ — ١ — ٤٥ وتعليق ليون مازو .

وكانت محكمة النقض البلجيكية قد سبقتها الى ذلك منذ سنة ١٩٣٠ ، ولا تأبه المحكمة بتمسك الشركة المستأنفة بما تضمنته المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى الجديد الذى عمل به من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ من اعتبار الحق عن التعويض الأدبى من نوع خاص لا تثبت له صفته المالية الا متى طالب به صاحبه أمام القضاء أو أقر به المسئول ، ذلك لأن هذا النص قد استحدثه المشرع المصرى فى التقنين الجديد ولم يكن له مقابل فى التشريع الملغى ، وقد أقرت محكمة النقض المصرية بالدائرة الجنائية مبدأ انتقال حق المضرور فى التعويض بنوعيه الى ورثته ولو لم يطالب به قبل وفاته » • ولم يكن ثمت مانع يمنع المحكمة من السير فى هذا الاتجاه بعد أن تمحص الأمر وتنتهى منه الى الرأى الذى أشارت هى الى أن المحاكم الفرنسية والبلجيكية سبقتها اليه • ولكنها لم تفعل بل نسبت هذا الرأى الى القضاء المصرى السابق واعتبرته مقررا فى ظل التقنين القديم واكتفت بترديده على هذا الأساس مع أنا قد بينا أن القضاء المصرى لم يكن وصل ولم يصل قط الى هذا الرأى •

أما حكم النقض المصرى الذى استند اليه الحكم موضوع هذا التعليق فهو الحكم الصادر من الدائرة الجنائية فى ٣٠ أكتوبر ١٩٥٠ فى الطعن رقم ١٠٤٢ سنة ٢٠ ق ، وقد جاء فيه « أن القول بأن الدعوى المرفوعة من ورثة المجنى عليه لا تقبل هو قول القانون الرومانى تأسيسا على أنها دعوى ناشئة عن ضرر شخصى لحق بالمورث ويحتمل أن يكون قد تنازل عنه قبل وفاته • أما القانون المصرى فانه لم يأخذ بذلك بل رأى أن الحق فى التعويض ينتقل للورثة ما لم يكن المورث قد تنازل عنه قبل وفاته أو يلحقه التقادم المسقط للحقوق قانونا » (٢١) •

وقد سبق أن علقنا عليه فى حينه (٢٢) وأوضحنا أنه لا عبرة بما اشترطه من عدم نزول المضرور عن حقه فى التعويض ومن عدم سقوط هذا الحق بالتقادم لأن هذين الشرطين ليسا خاصين بانتقال الحق فى

---

(٢١) المحاماة ٣٢ — ١٣٨٦ — ٣٥٤ .

(٢٢) مجلة التشريع والقضاء ٤ — ١٣٧ نقض جنائى وما بعدها ، انظر ما تقدم فى ص ٢٤٠ وما بعدها .

التعويض بل همـا شرطان بدهيـان يلزم توافرهما فى انتقـال أى من الحقوق ، فلا محل لاعتبارهما قيدين خاصين واردين على القاعدة التى يبدو أن الحكم المذكور يقررها فى صيغته العامة المطلقة .

كما أوضحنا من جهة أخرى أن هذا التعميم أو الاطلاق قد جاوز قصد المحكمة ، وأنه على كل حال لا يعـدو أن يكون تزيدا منها لا يصح اعتباره تقريرا لمبدأ لأن وقائع القضية التى كانت معروضة عليها لم تكن تقتضيه حيث كان الأمر يتعلق بالمطالبة بتعويض عن ضرر جسمى هـو فقد المجنى عليه احدى عينيه أى احداث عاهة مستديمة به تنقص قدرته على الكسب ، وبالتالى تعتبر ضررا ماديا يصدق عليه ما قرره الحـكم من انتقال الحق فى تعويضه الى الورثة دون قيد أو شرط لا مجرد ضرر أدبى .

وكذلك الحال فى حكم سابق قررت فيه محكمة النقض بتاريخ ١٤ مارس ١٩٤٤ أنه « اذا كانت الجريمة الواقعة لا تتوقف المحاكمة فيهـا على شكوى المجنى عليه فلوالد المجنى عليه بعد وفاته أن يدعى بحقوق مدنية على أساس الضرر الذى لحق ابنه من جرائها لأن من حقه بصفته وارثا له أن يطالب بتعويض الضرر المادى والأدبى الذى سببته الجريمة لمورثه على اعتبار أن هذا الضرر يستحيل فى النهاية الى مال يورث عن المضرور ، ومادام المجنى عليه قبل وفاته لم يتنازل صراحة أو ضـمنا عن حقه فى التعويض فلا محـل لافتراض هـذا التنازل واستنتاجه من وفاته قبل أن ترفع دعوى التعويض (٢٣) .

وقد علقنا على هذا الحكم أيضا فى حينه وبيـنا أن المقصود بمـا قرره هو التعويض عن الضرر المادى فقط لأن موضوع القضية كان كمـا فى حكم ٣٠ أكتوبر ١٩٥٠ تعويضا عن ضرب سبب عاهة مستديمة ، أمـا التعويض عن الضرر الأدبى البحت فلم يكن له محل فى تلك القضية ولم

---

(٢٣) المحاماة ٢٦ — ٥٦٥ — ٢١٢ .

يكن للمحكمة أن تعوض له مطلقا ولا أن تقرر بشأنه مبدأ ، فكان ذكـره في عبارتها تزيدا غير مقصود ولا يجوز التعويل عليه (٢٤) .

وقد قررت محكمة النقض مثل ذلك أيضا بشأن ضرر أدبي بحت في حكم صدر من دائرتها الجنائية بتاريخ ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ قررت فيه أن القانون يسوى بين الضرر الأدبي والضرر المادي في ايجاب التعويض للمضرور وترتيب حق الدعوى به . وأن الضرر الأدبي متى ثبت وقوعه كان لمحكمة الموضوع أن تقدره بمبلغ من المال وأن حق المورث في تعويض الضرر الأدبي والدعوى به هو من الحقوق المالية التي تعـد جزءا من تركته وتنتقل بوفـاته الى ورثته مـادام أنه لم يأت ما يفيـد نزوله عنه (٢٥) .

وقد علقنا على هـذا الحكم أيضا في حينـه وبينـا أنه وان كان موضوع الدعوى ضررا أدبيا بحتا خلافا لموضوع الحكمين السابقين . وهو عبارة عن لوعة أصابت الوالد بسبب فقد ولـده . وبالرغم من أن عبارات المحكمة يبدو أنها تسوى بين الضرر الأدبي والضرر المـادي من جميع الوجوه فانه لا يمكن الأخذ بهذه العبارات على اطلاقها لأن وقائع الدعوى كان فيها ما يبرر انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة وفقا لمذهب القضاء المصري الذي تقدمت الاشارة اليه فيمـا يتعلق بالضرر الأدبي . ذلك أن المجني عليـه كان قد ادعى مدنيا أمام المحكمة الجنـائية وطلب الحـكم على المتهمين بالتعويض . فقضت له محكمة أول درجة بتعويض فاستأنف المحكوم عليهم واستأنفت النيابة . ثم توفى المدعي بالحقوق المدنية قبل نظر الاستئناف فحلت محله ورثته أي أن المضرور كان قد طالب قبل وفاته بتعويضه عن الضرر الأدبي الذي أصابه ولما يحكم له نهائيا بهذا التعويض فكان ذلك كافيا للقول بانتقال

---

(٢٤) انظر تعليقنا على هذا الحكم في مجلة القانون والاقتصاد س ١٨ العدد الاول .

(٢٥) المحاماة ٣٢ — ١٣٥٤ — ٤٢٤ .

حقه فى التعويض حتى عند القائلين بالتفرقة فى ذلك بين التعويض عن الضرر المادى والتعويض عن الضرر الأدبى ، وخلصنا من ذلك الى أن ما قضى به هذا الحكم بالرغم من عموم عبارته ليس كافيا للقول بأن المحكمة رأت العدول عن التفرقة بين الضرر المادى والضرر الأدبى من حيث انتقال حق التعويض الى الورثة وعن تعليق هذا الانتقال فى حالة الضرر الأدبى على حصول المطالبة به قبل وفاة المضرور ، اذ لا يمكن القول بذلك الا اذا صدر حكم يأخذ بانتقال الحق فى التعويض عن ضرر أدبى بحت الى الورثة فى قضية لا يكون المضرور فيها قد طالب بهذا الحق قبل وفاته أو اصطلح عليه (٢٦) .

ولأن مثل هذا الحكم لم يصدر الى الآن فيما نعلم فانه لا يمكن التسليم بما ذهب اليه الحكم موضوع هذا التعليق من أنه من المقرر فى ظل التقنين القديم أن حق المصاب فى التعويض عن الضرر الأدبى البحت ينتقل الى ورثته دون قيد أو شرط خلافا لما أخذ به التقنين الجديد من تقييد ذلك بشرط المطالبة بهذا الحق أو الاتفاق بشأنه قبل موت المصاب ، وبالتالى لا ينبغى اعتبار حكم التقنين الجديد فى هذا الشأن حكما مستحدثا لا يسرى الا على ما يقع من وقائع ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ لأن الواقع أن هذا الحكم لم يكن الا تقنينا للقضاء السابق وقد أشارت الى ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حيث قالت ان حكم المادة ٢٢٨ فقرة أولى من ذلك المشروع (وهى التى أصبحت المادة ٢٢٢ فقرة أولى من القانون) مطابق لأحكام محكمة الاستئناف المختلطة الصادرة بتاريخ ١٥ يونيه ١٩٣٨ وأول يونيه ١٩٣٥ و ٢١ نوفمبر ١٩٣٥ (٢٧) .

ويظهر أن ما حدا الحكم موضوع هذا التعليق الى القول بهذا الرأى الذى شعرت المحكمة بعدالته هو أنه قد رسخ فى ذهنها أن ضرر الموت

---

(٢٦) انظر تعليقنا على هذا الحكم فى مجلة التشريع والقضاء ٤ ص ١٣٧ من قسم النقض الجنائى وما بعدها . راجع ما تقدم فى ص ٢٤١ وما بعدها .

(٢٧) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ هامش ص ٣٩١ .

ضرر أدبى فى حين أنها لو اعتبرت ما فيه من ضرر مادى ما احتـــاجت الى مخالفة القضاء السابق أو الى أن تنسب اليه مذهبا غير مذهبه .

٥ — ضرر الموت — طبيعته وانتقال الحق فى التعويض عنه الى الورثة :

جاء فى الحكم موضوع هذا التعليق أن حق المصاب فى التعويض يتحول الى مال فى حالة وفاة الأخير وينتقل الى ورثته ، وأن الراجح أنه لا مساغ للتفرقة بين الأحوال التى تقع فيها الوفاة عقب الحادث مباشرة والأحوال التى لا تعقب فيها الوفاة الحادث .

وهذا القول بدهى فيما يتعلق بالأضرار التى تلحق المصاب حال حياته بحيث يستحق عنها تعويضا ، مع التحفظ الذى تقدم فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبى اذ أن هذا الأخير لا ينتقل الى الورثة وفقا لنص المادة ٢٢٢ فقرة أولى مدنى جديد وللقضاء السابق على صـــدور التقنين الجديد الا اذا كان المصاب قـــد طالب به أو اتفق بشأنه قبـــل موته .

أما تطبيق هذا القول على الضرر الذى يصيب المرء من جراء موته ، وهو ما نسميه ضرر الموت ، فيثير عدة مسائل أولية : أيعتبر من تسبب فى موت انسان أنه أحدث به ضررا ؟ . واذا كان ينشأ عن الموت ضرر لمن يموت أيترتب عليه نشوء حق فى تعويض ؟ وهل يعتبر هـــذا التعويض تعويضا عن ضرر مادى بحيث ينتقل الحق فيه الى الورثة دون قيد أو شرط ؟ أم يعتبر تعويضا عن ضرر أدبى فيمتنع وفقا للقـــانون المصرى انتقال الحق فيه الى الورثة لاستحالة المطالبة به أو الاتفـــاق عليه قبل موت المصاب ؟

ان عبارات الحكم موضوع هذا التعليق لم تتناول هذه المسائل الا من بعيد ويبدو أنها تفيد أن الموت ضرر يرتب فى ذمة الميت قبل أن يموت حقا فى التعويض وأن هذا الحق ينتقل من بعده الى ورثته .

ولا جدال فى أن الموت يلحق بمن يحل به ضررا • فاذا كان الموت طبيعيا فلا مسئولية فيه على أحد • أما ان حدث بفعل فاعل كان هـذا الفاعل مسئولا عنه (٢٨) •

ولكن كيف تكون المسئولية المـدنية عن ضرر الموت ، وفى ذمة من ينشأ الحق فى التعويض الذى يقابل هذه المسئولية ؟ اذا قلنا انه ينشأ فى ذمة المصاب قبل أن يموت فكأننا نجيز نشوء الحق فى التعويض من قبل تحقق الضرر مع أن تحققه شرط لثبوت الحق فى التعويض • واذا قلنا انه لا ينشأ الا عند تحقق ذلك الضرر أى عند تحقق الموت قامت دون ذلك عقبة وهى أنه بالموت تفنى شخصية الانسان وتخرب ذمتـه المالية وتنعدم صلاحيتها لتعلق الحقوق بها ، فنضطر الى القول بأن هذا الضرر لا ينشىء حقا فى تعويض •

اختلفت الشراح والمحاكم فى هذا الشأن اختلافا كبيرا •

فوقف فريق منهم عند هذه الصعوبة لا يجد لها حلا ، واضطر الى التسليم بأن ليس للمجنى عليـه ولا لتركته حق فى التعويض عن موته وليس لورثته أن يطالبوا الا بما أصابهم شخصيا من أضرار بسبب موت مورثهم (٢٩) • ويبرر هذا الفريق الأول رأيه بأن كل نفس ذائقة الموت

---

(٢٨) مصر الابتـدائية ٢٠ مارس ١٩٥٧ المحاماة ٣٧ — ١٣١٦ — ٥٥٨ •

(٢٩) جوسران فى كتاب النقل نبذة ٩٢٢ وعدة تعليقات فى دالوز ٩٢٩ — ١ — ١٦١ ، ١٩٣٠ — ١ — ٢٥٠ ، ١٩٣٣ — ١ — ١٣٧ ، بيرسون ودى فينيه فى المسئولية المدنية جـ ١ ص ٤٦٣ ، دابان فى بحـث منشور فى مجلة بلجيكا القضائية ١٩٣٥ ص ١٥ الى ص ٢٢ ، جاردينا وريتشى فى المسئولية المدنية ص ٣٥ نبذة ١٢٧ و ١٢٨ ، ربكول فى دروسه فى المسئولية المدنيـة لطلبة الدكتوراه سنة ١٩٢٩ ص ١٣٨ ، محكمة السين الفرنسية ٩ ينـاير ١٨٧٩ سيرى ١٨٨١ — ٢ — ٢١ وتعليق لابيه ، تولوز ١٧ أبريل ١٩٠٢ سيرى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ وتعليق لاكوست ، باريس ١١ يوليه ١٩٢٨ غازيت القضاء ١٩٢٨ — ٢ — ٦٥٠ ، باريس ٨ ابريل ١٩٣٥ دالوز الاسـبوعى ١٩٣٥ — ٤٤٩ ، وفى الفقه المصرى القللى فى تحقيق الجنايات الطبعة الثالثة سنة =

ان آجلا أو عاجلا ، فلا محل لطلب تعويض عن الموت فى ذاته ، ولا سيما ان الميت لا يحس شيئا ولا يخسر شيئا ، فضلا عن أن شخصيته تفنى منذ موته وتزول معها صلاحيته لاكتساب الحقوق .

ولكن هذا القول مردود (أولا) ، بأن الموت ، وان كان حقا على كل انسان ، وان كان لا يستوجب التعويض اذا وقع قضاء وقدرا ، يستوجبه ان حدث بخطأ مسئول ، اذ يكون الظاهر أن هذا الفعل قد استعجل الموت وقصر الحياة ، و (ثانيا) ، بأنه لا يستساغ مطلقا القول بأن من يفقد الحياة لا يخسر شيئا اذ الواقع أن الحياة هى أغلى ما يحرص عليه الانسان لأنها مصدر قوته وعقله ونشاطه المالى وغير المالى ، وان فقدها يعتبر شر المصائب لأنه — فوق الألم الجسمانى والنفسانى الذى يصاحبه — يحرم الانسان كل متعة ويقضى على أهم عنصر من العناصر التى تعتمد عليها ثروته ، و (ثالثا) بأنه اذا كان صحيحا أن حق المجنى عليه فى تعويض هذه الخسارة العظمى لا يمكن تصور نشوئه بعد الموت فانه يجب أن لا يفوتنا أن مصدر هذا الحق انما هو الفعل الضار وأن الفعل الضار لا يكتمل وجوده الا بتحقق الضرر منه وان تحقق الضرر يكون اما بوقوعه فعلا واما بصيرورته محقق الوقوع مستقبلا (٣٠) ، وأن الفعل الذى يسبب الموت لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة كما يسبق كل سبب نتيجته ، وفى هذه اللحظة يكون المجنى عليه لا يزال صالحا لتعلق حق التعويض به عن كل الأضرار المحققة التى نشأت من هذا الفعل الضار والتى تنشأ عنه فيما بعد طالما أنها تعتبر نتيجة مباشرة له ، فينشأ الحق فى التعويض عن الموت قبل أن يموت المجنى عليه فعلا ومن الوقت الذى يصير فيه محققا أن الاصابة ستفضى لا محالة الى موته ، ولا ينشأ فى الحالة التى تقتصر فيها

= ١٩٤٥ ص ١٣٥ ، محمود مصطفى فى شرح قانون الاجراءات الجنائية الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٥ ص ١٥١ نبذة ١٢٩ .

(٣٠) فى هذا المعنى نقض مدنى ١١ يناير ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٨٩٠ لسنة ٥٠ ق ، وأيضا ٢٠ مارس ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٨٩٤ سنة ٤٩ ق .

الاصابة على جعل الموت محتمل الوقوع فحسب الا من الوقت الذى يزول فيه الشك ويصير فيه الموت محقق الوقوع • ولابد أن يصير الموت محقق الوقوع قبل حدوثه ولو بلحظة واحدة • ففى هذه اللحظة ينشأ الحق فى التعويض ويكون نشوءه سابقا على حدوث الموت وعلى فناء شخصية المجنى عليه •

لــذلك ذهب فريق كبير من الشراح الى وجوب الاعتراف للمجنى عليه بنشوء حق له فى التعويض عن موته ، وبأن هذا الحق ينشأ فى ذمة المجنى عليه قبل حدوث الوفاة ولو أدى الفعل الضار الى الوفاة فورا ، لأن الموت مادام نتيجة للفعل الضار فلابد من أن يكون السبب قد تقدم المسبب وأن يكون نشوء الحق فى التعويض سابقا بالتالى على حصــول الوفاة ، وأن يتخلف هــذا الحق عن المجنى عليه بعــد موته ويؤول الى ورثته (٣١) •

وكذلك انقسمت المحاكم الفرنسية والمصرية فى هذا الشأن ، فأخذت الكثرة بالرأى الأول والقلة بالرأى الثانى (٣٢) •

ومن الأحكام المصرية الحديثــة التى أخذت بالرأى الأول حــكم

---

(٣١) ديمولومب ج ٣١ نبذة ٦٨١ ، لابييه فى تعليق له فى سيرى ١٨٨١ — ٢ — ٢١ ، لاكوست فى تعليق له فى سيرى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ ، سوردا ج ١ نبذة ٥٦ مكرر ونبذة ٥٧ ، فوستان هيلى ج ١ ص ٦٧٥ ، بودرى لاكانتيزى وبارد ج ٤ نبذة ٢٨٨٤ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، ديموج ج ٤ نبذة ٥٣٦ ، لالو فى دالوز الاسبوعى ١٩٣١ ص ٢٧ فى ضمن مقال عنوانه « ذوو الحق فى التعويض عن الحوادث المميتة » ، ديمير Dement فى مجلة التامين البلجيكية Bulletin des assurances ١٩٢٨ ص ١٠٢٩ ، بــيريه Perret فى رسالته فى ذوى الحق فى التعويض عن الحوادث المميتة ، باريس ١٩٣٣ ص ١٢١ ، مازو ج ٢ نبذة ١٩١٢ و ١٩١٣ ، سافاتييه الطبعة الثانية ج ٢ نبذة ٥٤٣ ص ١٢٢ ، مصطفى مرعى نبــذة ٣٢٥ ، السنهورى فى الوسيط ج ١ ص ٩١٨ هامش ٣ وتعليقنا فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٨ عــدد مارس ١٩٤٨ • •

(٣٢) انظر فى ذلك الاحكام الفرنسية والمصرية التى اشرنا اليهــا فى دروسنا لطلبة الدكتوراه فى المسئولية المدنية سنة ١٩٥٥ ص ١٤٧ •

استئناف القاهرة فى ٢٦ أبريل ١٩٥٣ فى قضية الطيار المرحوم شريح طلعت ضد شركة مصر للطيران التى تلخص وقائعها فى أن الطائرة احترقت فى الجو وسقطت فمات الطيار لتوه ، وطالب والده الشركة بالتعويض الذى استحق لولده الذى قضى نحبه فى هذا الحادث باعتبارها مسئولة مسئولية عقدية عن سلامة طيارها الذى كان متعاقدا معها على قيادة طائراتها وباعتباره هو قد ورث عن ولده الفقيد هذا الحق . وبتعويض آخر عما أصابه شخصيا من لوعة وألم بسبب فقد ولده فقالت المحكمة فيما يتعلق بالطلب الأول ما يأتى :

« وحيث ان ما ذهب اليه والد الطيار فى خصوص هذا الطلب لا تقره هذه المحكمة عليه ولا تأخذ به لأن الحق الذى يورث لابد وأن يكون ثابتا وقائما كى ينتقل الى الوارث بطريق الارث وهو اذ ينتقل اليهيعتبر أنه كائن فى ذمة المتوفى المالية التى تؤول من بعده الى ورثته الشرعيين ، ولما كان من المقطوع به أن الحادث وقع فجائيا وفى لحظات قد لا تتجاوز الثوانى وأن الطيار ومرافقيه لقوا حتفهم فور وقوع الحادث الذى بلغ من هوله وجسامته أن ضحاياه تمزقت أجسامهم اربا وتبعثرت بقاياهم وأشلاؤهم فعفت معالمها واندثرت آثارها وتشتتت أجزاؤها واختلطت ببعضها فاستعصى تمييزها واستحال الجمع بينها ، وما وجد منها وضع مكدسا فى جراب لا تعرف ماهيتها ولا أنواعها ، مثل هذا الحادث الرهيب الذى أطل الموت عليه من وقت حصوله لا يمكن أن يقال فيه ان ضحاياه عاشوا زمنا ولو ضئيلا اكتسبوا فى خلاله حق المطالبة بالتعويض وانتقل هذا الحق من بعدهم لورثتهم ، لا يجوز هذا الرأى فى القانون ولا فى منطق الحادث لأن الموت كان داهما وفجائيا ولم يدع لضحاياه فترة من الزمن طالت أو قصرت لأيلولة الحق اليهم أو استقراره فى ذمتهم ، وأنى يكون لميت حق وهو فاقد الحياة لا يملك من أمره نفعا ولا ضرا . وهب أنهم أشرفوا على الموت والطائرة تحترق فى الجو أو ترتطم بالجبل فلا يدرى أحد هل أدركتهم الوفاة وهم فى الجو وتخبطت الطائرة وهى بغير قائد يقودها فاصطدمت بالجبل أو أنها هوت محترقة فى ثوان

معدودات • وفى كلتا الحالتين ليس هناك من يجوز له فى حكم القانون أن يتملك وأن تتولد له ذمة مالية من جراء الحادث تبقى بعده وتؤول الى ورثته » •

« وحيث انه يترتب على ما تقدم أن الحق الذى يتمسك به والد الطيار ويقول انه انتقل اليه بطريق الميراث عن ولده الفقيد ، هذا الحق لا وجود له لانعدام مالكه وصاحب الشأن فيه • ومادام الأمر كذلك فلا يدخل فى ذمته المالية وليس لورثته أن يطالبوا به • ومن ثم يكون الطلب المبنى على هذا الحق على غير أساس ويكون الحكم المستأنف قد أصاب اذ قضى برفضه » •

« ولا يبقى مبرر بعد ذلك للخوض فى موضوع المسئولية التعاقدية وقد أصبحت غير ذات موضوع » •

وبالعكس من ذلك صدر قبل الحكم محل هذا التعليق حكمان أخذا بالرأى العكسى وهو الذى أقره هذا الحكم وقضى بمقتضاه : أحدهما من محكمة القاهرة الابتدائية بتاريخ ٢ يونيه ١٩٥٢ فى القضية رقم ١٦٧٨ سنة ١٩٥١ كلى مصر (قضية ورثة المرحوم عبد اللطيف محرم) والآخر من المحكمة ذاتها أيضا بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٥٧ فى القضية رقم ٣٣٣ سنة ١٩٥٤ (منشور فى المحاماة ٣٧ — ١٣١٦ — ٥٥٨) •

وقد جاء فى حكم ٢ يونيه ١٩٥٢ المذكور أنه « يظهر أن الشركة تشير بهذا الى المذهب الذى يقول بأن المورث لم ينشأ له حق لموته فورا ولكن المحكمة ترد عليها بأن هذا الرأى مرجوح فى الفقه الفرنسى لأن الرأى الراجح والسائد فيه أن حق المجنى عليه ينشأ من وقت وقوع الحادث وبمجرد شعوره بنتيجته الحتمية •••

(وأشارت المحكمة فى ذلك الى كتاب مازو جـ ٢ نبذة ٩١٢ ، وحكم نقض مصرى ١٤ مارس ١٩٤٤ الذى سبق تحليلنا اياه) ثم قالت :

« وحيث ان المحكمة تنتهى من ذلك الى أنه لا مانع عندنا فى القضاء المصرى من مطالبة الورثة بحق المورث الذى أعجله الموت عن المطالبة به والذى نشأ له فى الفترة التى أحدق به فيها الخطر والمطالبة فى الوقت ذاته بحقهم الشخصى الذى تولـد لهم من اصابتهم فى عواطفهم ومصالحهم وآمالهم وشخص مورثهم • ولا شك فى أن حق المورث فى التعويض قد نشأ فى الفترة التى قدرت بثلاث دقائق والتى بدرت فيهـا الكارثة كما رواها الشهود من الطيارين ورجال الفن والتى بدأت أولا بانفصال مؤخر الطائرة ثم انقلابها ومحاولة انقاذها وفشل المحاولة واندفاعهـا بسرعة حتى سقطت فى البحر ثم ابتلعها اليم • والفقه الفرنسى يقول ان الضرر الذى يصيب المتوفى فى مثل هذه الحالة يتمثل فى سلب حيـاته منه فجأة وما يجرى فى فترات اليأس ولحظات استقبال الموت من هدم آمال الشخص فى الحياة وهو ضرر أدبى ، والضرر المادى الذى يتمثل فى الآلام البدنية التى يعانيها مهما قصرت مدتها وفى القضاء على أهم ناحية ايجابية لذمته المالية وهى حياته وذكاؤه وقوته » (ثم أشار الحكم الى ما جاء فى هذا الشأن فى كتاب مازو جـ ٢ نبذة ١٩١٣) •

وقال حكم ٢٠ مارس ١٩٥٧ سالف الذكر فى هذا الشأن :

« أما القول بأنهم (أى الورثة المدعون) بصفاتهم هذه لا حق لهم فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى أصاب مورثهم لأن الموت الفورى لا يرتب لمن مات حقا فى التعويض • هـذا القول ان صح فانه ينسحب على التعويض عن الضرر الأدبى فقط دون المادى وهو ما يخرج عن نطاق الدعوى القائمة على المسئولية التعـاقدية لأن المدعيتين قصرتا المطالبة بالتعويض عن الضرر المادى الذى أصاب مورثهما نتيجة لاخلال المدعى عليها بالتزام السلامة الذى تضمنه عقـد النقل ، الضرر المادى الذى يتمثل فى فقده أثمن شىء مادى يملكه وهو الحياة ، ذلك أن المضرور يشكو من أنه مات موتا غير طبيعى وأنه قد أحاق به الضرر عند الموت لا قبل الموت ولا بعده • وعلى ذلك فللوارث أن يطالب مكانه بتعويض

هذا الضرر • فمهما كانت فورية الوفاة فان الفعل الضار قد عجل بانهاء الحياة وأنه لابد من مدة بينها وبين وقوع ما تسبب منها من ذلك الفعل الضار • هذه الفترة تكفى لنشوء حقه فى التعويض • ومنه ينتقل الى الوارث » •

وقد سار حكم الاستئناف موضوع هذا التعليق فى هـذا الاتجاه الجديد الذى سلكته محكمة القاهرة الابتدائية فى الحكمين المذكورين والذى دعونا اليه منذ سنة ١٩٤٨ فى تعليقنا المشار اليه آنفا (٣٣)، فقالت ما يأتى :

« ومن حيث انه عن قول الشركة المستأنفة ان حق التعويض عن الضرر المادى والأدبى الذى سببه الحادث لمورث كل فريق من المستأنف عليهم لا يورث ولا ينتقل الى المستأنف عليهم لأن المورثين ومرافقيهما لقوا حتفهم جميعا فور وقوع الحادث الذى لم يدع لضحاياه فترة من الزمن طالت أو قصرت لأيلولة الحق اليهم أو استقراره فى ذمتهم ، هذا القول لا يقره القانون ولا منطق الحادث • فغير صحيح القول بأن هذا الحادث قد أطل عليه الموت من وقت حصوله وبأن الموت كان داهما وفجائيا • غير صحيح ذلك كله فقد بدأت الكارثة كما رواها الشهود للجنة الفنية المشار اليها بانفصال مؤخر الطائرة ثم انقلابها ثم اندفعت بسرعة حتى سقطت فى البحر ثم ابتلعها اليم • وفى هـذه اللحظات كان راكبو الطائرة لازالوا صالحين لتعلق حق التعويض بهم • ومتى كان هذا الحق قد ثبت لهم قبل وفاتهم انتقل من بعدهم الى ورثتهم • والضرر الذى يصيب المتوفى فى مثل هذه الحالة انما يتمثل فى سلب حياته منه فجأة • والحياة هى أغلى ما يحرص عليه الانسان • وان فقدها يعتبر شر المصائب

---

(٣٣) مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٨ عدد مارس ١٩٤٨ ، راجع ما تقدم فى ص ٢٤٠ ، أنظر ايضا كتابنا فى الفعل الضار الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ نبذة ٢٦ ودروسنا لطلبة الدكتوراه فى المسئولية المدنية ١٩٥٥ نبذة ٧٩ ص ١٤٥ وما بعدها ، خليل جريج ، فى النظرية العامة للموجبات ، بيرت سنة ١٩٥٧ جـ ١ ص ١٠٢ ، وقارن عكس ذلك السنهورى فى الوسيط جـ ١ ص ٨٦٩ نبذة ٥٧٩ •

لأنها أثمن شيء للانسان • وتعتبر أبلغ الأضرار التى تصيب الشخص • وهنا قد استعجل الحادث موت الفقيدين وقصر حياتهما فيستوجب التعويض كما يتمثل فى الآلام البدنية السابقة على الموت مهما قصرت مدتها • ويرى مازو — ورأيه هنا هو الظاهر — أن لا مساغ للتفرقة بين الحالة التى تقع فيها وفاة المصاب عقب اصابته فورا • والحالة التى تقع فيها الوفاة بعد فترة من الاصابة • لا مساغ لهذه التفرقة لأن الوفاة مهما تكن عاجلة فانها لا تكون الا بعد وقت من وقوع الفعل الضار ، وان هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة كما يسبق كل سبب نتيجته • وفى هذه اللحظة يكون المجنى عليه لايزال صالحا لتعلق حق التعويض به • ومتى كان هذا الحق قد ثبت له وقت وفاته انتقل من بعده الى ورثته » •

بقى أن تقول محكمة النقض كلمتها فى هذا الشأن ، فتؤيد هذا الاتجاه الذى بدا أخيرا فى أحكام المحاكم الابتدائية وحكم محكمة الاستئناف موضوع هذا التعليق أو ترفضه • ولسنا نشك فى أنها ستنتهز أول فرصة لتقرير المبدأ الذى تراه فى هذا الشأن حتى ينحسم به الخلاف ويلتف حوله قضاء المحاكم ويسير على وتيرة واحدة (٣٤) •

---

(٣٤) وسيجيء أن مثل هذه الفرصة عرضت للمحكمة العليا فى قضية ورثة المرحوم شريح طلعت ولكن المحكمة استغنت فيها عن بحث هذه المسألة بغيرها مما رأت فيه الكفاية للفصل فى الطعن .

وقد أخذت بذلك محكمة النقض فعلا بحكمها الصادر بتاريخ ١٧ فبراير ١٩٦٦ حيث قالت اذا تسببت وفاة المجنى عليه عن فعل ضار من الغير ، فان هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة مهما قصرت كما يسبق كل سبب نتيجته وفى هذه اللحظة يكون المجنى عليه مازال أهلا لكسب الحقوق ومن بينها حقه فى التعويض عن الضرر الذى لحقه وحسبما يتطور اليه هذا الضرر ويتفاقم . ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فان ورثته يتلقونه عنه فى تركته ويحق لهم بالتالى مطالبة المسئول بجبر الضرر المادى الذى سببه لمورثهم لا من الجروح التى احدثها به فحسب وانما أيضا من الموت الذى ادت اليه هذه الجروح باعتباره من مضاعفاتها . ولئن كان الموت حقا على كل انسان الا أن التعجيل به اذا حصل بفعل فاعل يلحق بالمجنى عليه ضررا ماديا محققا اذ يترتب عليه فوق الالام الجسمية التى تصاحبه حرمان المجنى عليه =

هذا عن وجود ضرر الموت وصلاحيته لإنشاء حق فى التعويض عنه فى ذمة الميت قبل أن يموت . وهو كاف فى القانون الفرنسى للقول بأن هذا الحق يتخلف عن الميت ويوجـد فى تركته وينتقل من بعـده الى ورثته . أما فى القانون المصرى حيث تقدم أنه يفرق فى هذا الشأن بين الضرر المادى ويجعل حكمه كما فى القانون الفرنسى . وبين الضرر الأدبى وكجعل انتقـاله الى الورثة مشروطا بحصول المطالبة به أو الاتفاق عليـه قبل موت المضرور ، فيتعين تحديد طبيعة ضرر الموت حتى اذا ما اعتبر ضررا ماديا انتقل الحق فى التعويض عنه الى الورثة دون قيد أو شرط . وان اعتبر ضررا أدبيا استحال انتقـاله الى الورثة لاستحالة حصـول المطالبة به أو الاتفاق عليه قبل الموت ، وكان بالتالى لا فائدة من تقرير نشوئه مادام مؤكدا أن المضرور لا يتسع أمامه الوقت لاستعماله وأنه لا يجوز انتقاله الى الورثة .

= من الحياة وهى اغلى ما يمتلكه الانسان باعتباره مصدر طاقاته وتفكيره .
والقول بامتناع الحق فى التعويض عن المجنى عليه الذى يموت عقب الاصابة مباشرة وتجويز هذا الحق لمن يبقى حيا مدة بعد الاصابة يؤدى الى نتيجة يأباها العقل والقانون هى جعل الجانى الذى يقسو فى اعتدائه حتى يجهز على ضحيته فورا فى مركز أفضل من مركز الجانى الذى يقل عنه قسوة واجراما فيصيب المجنى عليه بأذى دون الموت ، وفى ذلك تحـريض للجنـاة على ان يجهزوا على المجنى عليه حتى يكونوا بمنجاة من مطـالبته لهم بالتعويض (مجموعة احكام النقض ١٧ — ٣٣٧ — ٤٧) .

وقد اطردت على ذلك أحكام النقض حتى الان ، نقض مدنى ٧ مارس ١٩٧٤ مجموعة أحكـام النقض ٢٥ — ٦٠ — ١١ . وأيضـا نقض مـدنى ١٩٨٠/١/٢٣ فى الطعن رقم ١٤٦٦ سنة ٤٨ ق مجلة القضاة عدد يناير — ابريل ١٩٨١ ، ص ٢٥٣ .

وفى هـذا المعنى ايضـا نقض مدنى ١٩٨٣/٥/١٩ فى الطعنين رقمى ١٨٨٤ و ١٨٦٤ سنة ٥٢ ق . وايضا شمال القاهرة الابتدائية الدائرة الاولى ١٩٧٣/٤/١٠ فى القضية رقم ٨٤٤ سنة ١٩٧٢ مدنى كلى شمال القاهرة .

وقد أخذت بذلك أيضا من بعد محكمتنا العليا محـكمة تمييز العراق فى حكمها الصادر فى ١٩٦٨/٢/١٧ مجلة القانون المقارن بغداد العدد الثـانى السنة الثانية سنة ١٩٦٨ ص ٢٩٩ رقم الاضبارة ٤١٤ / تمييزية / ١٩٦٧ .

وانظر أيضا مؤلفنا فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية القسم الاول الاحكام العامة سنة ١٩٧١ ص ١٧٠ وما بعدها .

وقد رأى الحكم موضوع هذا التعليق أن هذا الضرر — أى ضرر الموت — يعتبر ضررا أدبيا (٣٥) • وكان يتعين عليه أن يرتب على ذلك سقوط الحق فى التعويض عنه بمجرد موت المضرور دون أن يطالب بحقه فى التعويض أو الاتفاق بشأنه • ولكن الحكم لم يستسغ هذه النتيجة وشعر بأن العدالة تقتضى تقرير انتقال حق المضرور الى ورثته ، فسلك لتحقيق ذلك طريقا ملتويا شاقا اذ اضطر الى القول بأن حكم المادة ٢٢٢ فقرة أولى حكم مستحدث لا يسرى على واقعة النزاع لحدوثها قبل العمل بالتقنين الجديد وأنه كان مقررا فى ظل القانون القديم أن الحق فى التعويض ينتقل الى الورثة فى جميع الأحوال دون قيد أو شرط ، وهو ما أقمنا الدليل على عدم صحته •

ولنا أن نتساءل ماذا كان يكون حكم المحكمة لو عرضت عليها واقعة مماثلة حدثت فى ظل القانون الجديد ، أتصر فيها على اعتبار ضرر الموت ضررا أدبيا وتقضى فيها وفقا للمادة ٢٢٢ فقرة أولى برفض دعوى التعويض المرفوعة من الورثة بصفتهم هذه ؟ أم انها حينئذ كانت ترى العدالة فى الاعتراف لهؤلاء الورثة بأن يحلوا محل مورثهم فى حقه الذى لم يتمكن من المطالبة به وتعمل على تفادى تطبيق المادة ٢٢٢ المذكورة ؟• وحينئذ لا يكون أمامها من سبيل الا الاعتراف بأن ضرر الموت ضرر مادى لا تسرى عليه تلك المادة وانما تسرى عليه القواعد العامة التى تقضى بانتقال حق المورث الى ورثته دون قيد أو شرط •

وقد سبق لنا أن عرضنا لبحث هذه المسألة وانتهينا من هذا البحث الى أنه اذا قيل بأن الموت مساس بالحق فى الحياة وأن هذا الحق غير مالى فيكون ضرر الموت ضررا غير مالى وبالتالى ضررا أدبيا بحتا ، فان

---

(٣٥) فقد جاء فيه فى هذا الشأن ما نصه : « وانه حتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر الادبى حق شخصى يتصل بذات المجنى عليه لايجوز لغيره أن يباشره عنه حال حياته فان ذلك لا ينفى عن هذا الحق صفته المالية ووجوده فى ذمة صاحبه حال حياته وتخلفه عنه بعد موته فى ضمن تركته وانتقاله بالتالى الى ورثته » .

هذا القول مردود بأن المساس بحق غير مالى لا يقتصر أثره حتما على احداث ضرر أدبى ، وأنه لا مانع من أن يسبب ضررا ماليا ، كالاعتداء على سلامة الجسم اذا سبب عجزا عن الكسب مدة معينة وحبس الشخص دون حق اذا فوت عليه فرصة للكسب المالى ... الخ . فكون الموت اعتداء على الحق فى الحياة ، وهو حق غير مالى ، لا ينفى أنه يلحق بالشخص الذى وقع له حادث عجل بموته ضررا ماديا لأنه يفقده قدرته على العمل وعلى كسب الحقوق المالية .

واذا قيل ان استمرار حياة الشخص وقدرته على العمل وكسب الحقوق — لو لم يلق منيته بسبب هذا الحادث — لا يعدو مجرد الاحتمال ولا يمكن الجزم به ، فلا يكون فقد الحياة وضياع القدرة على العمل — حتى مع التسليم باعتبارهما خسارة مالية — سوى خسارة احتمالية فلا تستوجب التعويض ، فان هذا القول يمكن رده بأن الاصابة القاتلة اذا لم يكن من المحقق أنها أفقدت المصاب حياة طويلة كان سيحياها وقدرة على العمل كان سيتمتع بها طويلا لولا هذه الاصابة ، فانه من المحقق أن هذه الإصابة قد فوتت عليه فرصة الاستمرار فى الحياة والتمتع بالقدرة على العمل المدة المعقولة بالنسبة الى من يكون فى مثل سنه وصحته ، وبأن الحرمان من هذه الفرصة يسبب له خسارة مالية تقدر بقدر نسبة ما كان له من حظ فى استمرار حياته وقدرته على العمل (٣٦) . واذن يكون فقد الحياة بسبب الموت غير الطبيعى ضررا ماديا يستوجب التعويض من الوقت الذى يصير فيه الموت محقق الوقوع وينتقل هذا الحق فى التعويض الى ورثة المجنى عليه ولو وقعت وفاته قبل أن يطالب هو به المسئول عنها .

وقد أخذت بذلك محكمة القاهرة الابتدائية فى حكميها سالفى الذكر فقالت فى حكم ٢٠ مارس ١٩٥٧ ان هذا القول ان صح فانه ينسحب على

---

(٣٦) راجع دروسنا من المسئولية المدنية لطلبة الدكتوراه نبذة ٦٧ ، وكتابنا فى الفعل الضار الطبعة الثانية نبذة ٢٨ .

التعويض عن الضرر الأدبى فقط دون المادى وهو ما يخرج عن نطـاق الدعوى القائمة على المسئولية التعـاقدية لأن المدعيتين قصرتا المطالبة بالتعويض عن الضرر المادى الذى أصاب مورثهما نتيجة لاخلال المدعى عليها بالتزام السلامة الذى تضمنه عقد النقل ، الضرر المادى الـذى يتمثل فى فقده أثمن شىء مادى يملكه وهو الحياة » •

وقالت فى حكم ٢ يونيه ١٩٥٢ « ان الفقه الفرنسى يقول ان الضرر الذى يصيب المتوفى فى مثل هذه الحالة يتمثل فى سلب حياته منه فجأة وما يجرى فى فترات اليأس ولحظات اسـتقبال الموت من هـدم آمال الشخص فى الحياة وهو ضرر أدبى • والضرر المـادى الذى يتمثـل فى الآلام البدنية التى يعانيها مهما قصرت مدتها وفى القضاء على أهم ناحية ايجابية لذمته المالية وهى حياته وذكاؤه وقوته » (٣٧) •

لذلك نرى أن الراجح هو القول بأن ضرر الموت ان كان بعضه تغلب عليه صفة الضرر الأدبى فان الجانب الأكبر والأهم منه تتوافر فيه صفة الضرر المادى وبالتالى يكون الحق فى التعويض عن هذا الجانب الأخير من ضرر الموت حقا ماليا عاديا ينتقل الى ورثة الميت دون قيد أو شرط ولو مات المضرور فور الحادث دون أن يتمكن من المطالبة به ، وسواء أوقع ذلك الحادث فى ظل التقنين الجديد أو فى ظل التقنين القديم •

---

(٣٧) واشارت المحكمة فى ذلك الى رأى مازو ونقلت عنهما من كتابهما ما جاء فى نبذة ١٩١٣ منه ونصه كما يأتى :

«Lui enlever la vie, c'est lui causer le plus grand préjudice qui se puisse concevoir : préjudice moral d'abord, par la perte de tous les espoirs qui sont la raison de vivre par la douleur physique, si brève soit-elle, que souffre le corps au moment de s'anéantir, préjudice matériel aussi, puisque l'actif patrimonial se trouve brusquement privé de ses plus riches éléments ceux qui servaient aux autres de source ou de soutien, la vie, intelligence, la force».

ثانيا — حكم نقض مدنى ١٥ مايو ١٩٥٨ :

١ — امكان نشوء مسئولية عقدية قبل الدائن ومسئولية تقصيرية قبل الغير .

٢ — استقلال كل من المسئوليتين عن الاخرى فى اسباب دفعها .

أصدرت محكمة النقض (الدائرة المدنية) حكما بتاريخ ١٥ مايو ١٩٥٨ فى القضية رقم ٥٥ سنة ٢٤ ق (قضية المرحوم شريح طلعت التى تقدمت الاشارة اليها) وكانت وقائعها تلخص فيما يلى (٣٨) :

فى ١٠ ديسمبر ١٩٤٦ كان المرحوم شريح طلعت يقود احدى طائرات شركة مصر للطيران فى عودتها من بغداد للقاهرة عن طريق دمشق ، وقد تأخر فى موعد قيامه من بغداد ساعة وربعا بسبب ما كان قد طرأ على جهاز اللاسلكى بها من خلل مما نتج عنه أن وصلت الطائرة دمشق متأخرة كذلك عن الموعد المحدد . وفى أثناء الرحلة من بغداد الى دمشق عاود الخلل جهاز اللاسلكى وأحاط الطيار الفقيد رجال مطار دمشق علما بذلك ثم غادرت الطائرة مطار دمشق فى الساعة ٥٫٥٥ مساء فى أمان مجتازة أخطار الهبوط والصعود منه ، ولكن حدث — بعد أن اجتاز منطقة الخطر التى تحف به — أن أصاب الطائرة وهى فى جو حيفا طارىء تخلف عنه احتراق الطائرة وتدميرها بمن فيها ، فرفع والد الطيار دعوى أمام محكمة القاهرة الابتدائية طالب فيها الشركة بصفته وارثا للفقيد بتعويض قدره عشرين ألف جنيه بمقتضى مسئوليتها العقدية ازاء الطيار الفقيد لاخلالها بضمان سلامته ، وبصفته الشخصية بتعويض قدره عشرة آلاف جنيه عن الضرر الأدبى الذى ناله شخصيا بفقد ابنه وذلك وفقا لأحكام المسئولية التقصيرية . فقضت له المحكمة فى الطلبين معا بتاريخ ٢٤ مايو ١٩٥١ بتعويض اجمالى قدره ثلاثة آلاف جنيه ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات .

---

(٣٨) والحكم منشور فى مجموعة احكام النقض المدنى ٩ — ٤٤١ — ٥١ .

واستأنف الطرفان الحكم الابتدائى وقضت محكمة الاستئناف فى الاستئنافين بتاريخ ٢٦ أبريل ١٩٥٣ بقبولهما شكلا وفى الموضوع بالغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى والزام رافعها بمصروفاتها عن الدرجتين ... الخ .

طعن والد الطيار الفقيد فى هذا الحكم بالنقض وبنى طعنه على عدة أسباب نذكر منها :

(أ) فيما يتعلق بطلب التعويض عن الضرر الشخصى الذى أصابه بموت ابنه أى دعوى المسئولية التقصيرية ، القصور فى التسبيب ومخالفة الثابت فى الأوراق لأن كلا من الحكمين الابتدائى والاستئنافى قد ثبت فيهما أن جهاز اللاسلكى بالطائرة التى وقع لها الحادث كان غير صالح لأداء الغرض من وجوده وأن ذلك مما يوجب مسئولية المطعون عليها ولكن الحكم المطعون فيه نفى هذه المسئولية تأسيسا على ما ورد فيه من أن الطيار الفقيد قد أخطأ بمغادرته مطار دمشق قبل أن يقوم باصلاح هذا الجهاز وهو عالم بفساده ، ومن أن عدم صلاحية الجهاز المذكور لم يكن مع ذلك ليغير فى مجرى الكارثة لضآلة الفترة الزمنية بين ظهور الوهج فى الطائرة وبين انفجارها ضآلة لم تكن لتسمح بالافادة من هذا الجهاز ، فى حين أن ما قرره الحكم المطعون فيه من خطأ الطيار — بفرض ثبوته — لا ينفى وقوع الخطأ أيضا من الشركة . فكان يتعين على هذا الحكم أن يوازن بين هذين الخطأين ليقدر ان كان أيهما قد استغرق الآخر . كما أن القول من جانب الحكم المطعون فيه بأن عدم صلاحية الجهاز لم يضيع على الطيار فرصة الاستعانة به لضآلة الفترة الزمنية بين ظهور الوهج والانفجار مناقض لما هو ثابت أيضا فى ذات الحكم المطعون فيه من أنه كانت هنالك فترة كافية للاستعانة اذ أثبت الحكم عند تحصيل الوقائع أن الطائرة بينما كانت تحلق فوق خليج حيفا طرأ عليها ما يستدعى تغيير اتجاهها فحلقت فوق جبل الكرمل واجتازت السلسلة الأولى وشاء حظها العاثر أن تصطدم بالسلسلة الثانية فحلت

بها النكبة ... ومن ذلك يتبين أن زمن محنـــة الطـــائرة كان سابقا على ظهور الوهج بما كان يسمح للجهاز بأداء وظيفته وتجنب الكارثة لو كان صالحا لمـــا أعد له .

وقد ردت محكمة النقض هذا الوجه من الطعن بما استعرضته من أقوال محكمة الاستئناف فيما يخص عدم ثبوت وقوع خطأ من المطعون عليها أدى الى حصول الحادث وعدم تبين السبب الذى أدى الى حصوله الى أن قالت « ويبين من ذلك أن محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسئولية التقصيرية على أن وقوع الحادث للطائرة دون أن يعرف سببه لا يلزم منه اعتبار الشركة المطعون عليها مرتكبة لخطأ يقتضى الحكم عليها بالتعويض اذ يتعين على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذى نشأ عنه الحادث وارتباطه معه برابطة السببية وانه متى كان سبب احتراق الطائرة فى الجو غير معلوم ولا يمكن اسناده لعيب معين فى تركيب الطـــائرة ، فان مسئوليتها عن التعويض تعتبر منتفية . وهذا التأسيس الذى لم يورد عليه الطاعن مطعنا صالح لاقامة الحكم المطعون فيه وكاف فى دفع مسئولية المطعون عليهـــا . أما ما أثاره الطاعن فى وجه الطعن خاصا بخطأ الشركة فى عدم اعداد جهـــاز اللاسلكى اعدادا صالحا لأداء وظيفته فان الحكم المطعون فيه قد أوضح فى عبارة صريحة أنه « اذا صح أن النار اشتعلت فى الطائرة بسبب خطأ طرأ على آلاتها فان اللاسلكى لا يمكن أن يكون هو السبب المباشر لهذا الخلل » . كما أنه عرض لمـــا يثيره الطاعن فى وجه الطعن من أنه لو كان الجهاز صالحا لاستعان به الطيار فى درء المخاطر التى تعرض لها ؛ فذكر فى هذا الخصوص أنه يكفى للرد على ذلك ما أجمع عليه شهود الرؤية من أنه (لم يمض بين ظهور الطائرة وآثار الوهج بادية فيها وبين انفجارها سوى ثوان لا تسمح بتقديم أية معونة) ، ومن ذلك يبين أنه لم يكن ثمت مجال للخوض فى بحث خطأ الشركة بعدم اعدادها الجهاز إعـــدادا صالحا ولا لاجراء موازنة بين هذا الخطأ وخطأ الطيار الفقيد ، باقدامه على مغادرة مطار دمشق قبل اصلاح الجهاز ، ولا للنظر فى مدى استغراق

كل من الخطأين للآخر ، لم يكن ثمت مجال لهذا البحث لعدم جدواه ، بعد اذ حصلت محكمة الموضوع من الوقائع أن جهاز اللاسلكى لم يكن له أثر فى حصول الحادث على النحو الذى صوره الطاعن من احتراق الطائرة فى الجو قبل اصطدامها بالجبل وأن الفترة بين ظهور الوهج والانفجار لم تكن الا ثوان لا تمكن من الاستعانة بهذا الجهاز على أية صورة • أما ما أشار اليه الطاعن فى وجه النعى من أن الحكم المطعون فيه قد حصل الوقائع على صورة مناقضة لهذه الصورة ••• الخ فهو مردود بأن محكمة الاستئناف لم تورد ما أوردته فى هذا الخصوص الا رواية عن الحكم المستأنف ••• وليس فيما حصلته محكمة الاستئناف نفسها من الوقائع ما يتفق مع تلك العبارات المقتبسة من الحكم المستأنف ولا ما يفيد اعتمادها واقرارها ، واذ كان ذلك فليس ثمت محل للنعى على محكمة الاستئناف بالقصور فى التسبيب استنادا الى وقائع لم تكن من تحصيلها ولم تعول عليها فى قضائها • ولا مجال بعد ما تقدم ايراده للنظر فيما نعى به الطاعن على الحكم المطعون فيه خاصا بما أسندته محكمة الاستئناف للطيار الفقيد من أخطاء ارتكبها ، اذ بحسبها أن تكون أقامت حكمها على ما ثبت لها من أن الضرر الذى أصاب الطاعن قد نشأ عن سبب أجنبى لم يكن للمطعون عليها يد فيه ، وليس على المحكمة بعد ذلك أن تتحرى وقوع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير » •

وخلاصة ما تقدم أن محكمة النقض رفضت وجه الطعن هذا بناء على ما ثبت لها من أن محكمة الاستئناف قد حصلت من الوقائع أنه لم يقم أى دليل على وقوع خطأ من الشركة المطعون عليها أدى الى حصول الحادث وأنه حتى بافتراض وقوع خطأ من الشركة فى عدم اصلاح جهاز اللاسلكى فان هذا الخطأ منقطع الصلة بوقوع الحادث ولا تربطه به أى علاقة سببية وأن تقدير هذه العلاقة يستقل به قاضى الموضوع (٣٩)

---

(٣٩) هذا مع ان المحكمة سبق ان قضت بغير ذلك فى احكام كثيرة (راجع كتابنا فى الفعل الضار ط ٢ نبذة ٨٩) .

وأن سبب الحادث بقى مجهولا وأن ذلك يكفى لعدم قيام المسئولية التقصيرية أصلا ويغنى عن البحث فى وقوع خطأ من الطيار أو من الغير مادامت مسئولية المدعى عليها لم تثبت قط .

وقد جاء ما قررته المحكمة العليا فى هذا الشأن مطابقا للمبادىء الأولية الثابتة ، ولا غبار عليه سوى أن المحكمه قد انزلقت منه فى آخر عبارة أوردناها لها الى وصف الضرر الذى سبق أن قررت أن سببه بقى مجهولا بأنه قد نشأ عن سبب أجنبى لم يكن للمطعون عليها يد فيه . واذا كان ذلك لا يظهر خطره فى مجال اسئولية التقصيرية التى لا تقوم الا على أساس ثبوت الخطأ لأن المدعى عليه لا يتغير مركزه سواء ثبت أن الضرر بقى سببه مجهولا أو أن له سببا أجنبيا عنه اذ يبقى هو فى الحالين بمنجى من المسئولية ، فان الأمر بخلاف ذلك فى المسئولية العقدية حيث يخلص المدين من المسئولية اذا أثبت السبب الأجنبى ولا يخلص منها اذا عجز عن هذا الاثبات ولو بقى سبب الضرر مجهولا .

ولأن الدعوى التى صدر فيها الحكم محل هذا التعليق كانت فى الواقع تجمع بين دعويين تقوم احداهما على أساس المسئولية التقصيرية وهى التى قضى فيها بما تقدم وتقوم الثانية على أساس المسئولية العقدية ، فكان يخشى أن يؤدى ما تقدمت الاشارة اليه من انزلاق غير مقصود الى التأثير فى الفصل فى الدعوى الثانية . وقد حدث ذلك فعلا كما يبين من عرض الوجه الثانى للطعن .

(ب) فيما يتعلق بحق التعويض الموروث عن المصاب الأصلى :

ويلخص هذا الوجه الثانى فى أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى تطبيق القانون فى خصوص ما طلبه الطاعن من التعويض ميراثا عن ابنه (الطيار الفقيد) بموجب المسئولية العقدية للشركة المطعون عليها لأن محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها فى خصوص المسئولية العقدية على القول بأنها غير ذات موضوع اذ لم ينشأ للطيار الفقيد حق فى

التعويض لأنه وقد مات فور الحادث فهو لا يستطيع أن يكسب حقا ينقله الى وارثه • وقد أخطأت محكمة الاستئناف فى هذا القضاء الذى أخذت فيه برأى لا يعرض الا فى صدد المسئولية التقصيرية — لا المسئولية التعاقدية — وهو على أية حال رأى لا تقره جمهرة الفقهاء ولا أحكام المحاكم ، ذلك أن حق المصاب فى التعويض ينشأ بمجرد حصول الحادث وهو أسبق من الوفاة حتما ، وهو يكون منها بمنزلة السبب من المسبب فهو سابق عليها • ومهما يكن من قصر الفترة الزمنية بين الحادث ونتيجته الا أنه لا يحل مطلقا اهدار حق المصاب فى التعويض عما لحقه من جراء اصابته وفى انتقال حقه فى ذلك الى ورثته • واذ لم يكن المجال فى خصوص هذا الطلب الا مجال المسئولية التعاقدية فقد كان يتعين على محكمة الاستئناف أن تعتد بما تمسك به الطاعن من أن ثمت التزاما على عاتق الشركة بسلامة الطيار نشأ منذ التعاقد وحقا للطيار فى اقتضاء هذا الالتزام عينا أو بما يعادله نشأ من ذلك الوقت أيضا وبات معتبرا عنصرا من عناصر ذمته المالية وهو سابق — بطبيعة الحال — على وقوع الكارثة التى لم يكن وقوعها الا اخلالا من الشركة بالتزامها بضمان السلامة • وحدوث الوفاة لا يترتب عليه انقضاء هذا الالتزام • فاذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يسبب قضاءه برفض دعوى التعويض فى خصوص المسئولية التعاقدية الا على الأساس الخاطىء المتقدم ، فانه يكون مخطئا فى القانون متعينا نقضه •

وكان هذا الوجه من الطعن من شأنه أن يتيح الفرصة لمحكمة النقض كى تفصل فى المسألة الخلافية التى سبق أن عرضنا لها فيما تقدم من تعليقنا على حكم استئناف القاهرة وهى مسألة نشوء الحق فى التعويض عن ضرر الموت أو عدمه وفى حالة الايجاب امكان انتقال هذا الحق الى الورثة عند وقوع الموت فور الحادث أو عدمه ، ولكن المحكمة العليا تركت هذه الفرصة واستغنت عن مواجهة هذه المسألة بما سبق أن ساقته فى خصوص المسئولية التقصيرية من أنه ثبت أن الحادث يرجع الى سبب أجنبى عن المطعون عليها أى من وجود سبب تندفع به المسئولية التعاقدية كما تنتفى به المسئولية التقصيرية •

فقد جاء فى حكم المحكمة العليا فى هـذا الشأن أن النعى بما ورد فى هذا السبب فى خصوص الدعوى الحالية غير مجد . ذلك أن الطاعن قد طلب بدعواه الحكم له بمبلغى التعويض الموضحين من قبل على أساس أن أحدهما يقابل ما ناله من ضرر بسبب خطأ تقصيرى وأن المبلغ الثانى يمثل حصته الميراثية فيما يستحقه مورثه من تعويض قبل المطعون عليها الأولى نتيجة خطئها التعاقدى . وقد عرضت محكمة الموضوع وهى بسبيل تحقيق مسئولية المطعون عليها التقصيرية لما أسند اليها من خطأ ولما دفعت به هذا الخطأ . فأوضحت كما سبق بيانه أن الحادث الذى اعتبر أساسا لدعوى التعويض وهو احتراق الطائرة قد وقع بسبب أجنبى لا يد للمطعون عليها فيه يتمثل فى صورة حادث مفاجىء مجهول السبب وغير متصل بأى خطأ من جانب المطعون عليها .

ولما كان ذلك وكانت المسئولية التعاقدية تندفع باثبات السبب الأجنبى فانه لا جدوى من اثارة البحث الذى عرض له الطاعن فى سبب الطعن . اذ مهما يكن وجه الرأى فيه فان عدم تعرض الحكم المطعون فيه للبحث فى المسئولية العقدية لا تتحقق به فى خصوص المنازعة الحالية أى مصلحة للطاعن مادامت المسئولية التقصيرية المسندة للمطعون عليها مندفعة بما يصلح أساسا لدفع المسئولية العقدية .

ولا يسعنا فى هذا المقام الا أن نلاحظ أن ما وصفته المحكمة العليا بأنه سبب أجنبى للحادث لم يكن الا انتفاء الخطأ من جانب المدعى عليه وبقاء سبب الحادث مجهولا وأن ذلك لا يصح وصفه بأنه سبب أجنبى . وأنه اذا كان يكفى لمنع قيام المسئولية التقصيرية العادية فانه لا يكفى لدفع المسئولية العقدية اذ أن هذه لا تندفع الا بالسبب الأجنبى بمعناه الفنى الدقيق الذى يكون سببا معينا لم يمكن توقعه ولا تفادى وقوعه وأدى الى استحالة الوفاء بالالتزام استحالة مطلقة (٤٠) . ومادام لم

---

(٤٠) انظر فى ذلك رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٨٧ .

يثبت فى هذه الحادثة أنهـا راجعة الى سبب معين تتوافر فيـه هـذه الصفات الثلاث فما كان يصح فى رأينـا دفع المسئولية العقدية بمقولة توافر السبب الأجنبى الذى بنى عليه نفى المسئولية التقصيرية • وكان الأولى مواجهة النعى الذى انبنى عليه الطعن والفصل فى أمر ثبوت الحق فى التعويض عن ضرر الموت وانتقاله من المصاب الى ورثته أو عدمه •

تعليق على حكم فى مسئولية الناقل الجوى (*)

استئناف الاسكندرية ٥ فبراير ١٩٥٠

المبــادىء القــانونية :

١ — أن وجود الراكب فى السيارة ضمن الركاب الآخرين عند وقوفها فى موقف معد لها ومهيأ للسفر للجهة المعلوم انها تقصد اليها يكفى لاتمام عقد النقل لتحقق القبول ضمنا من جانب الراكب . وعند انعدام النص الصريح فى عقد النقل على ضمان الناقل للراكب الذى تعهد بنقله ، يعتبر النــاقل مسئولا مسئولية تعاقدية على أساس اشتمال العقد على التزام ضمنى من جانبه بايصــال الراكب سالما الى الجهة التى يتعهد بنقله اليها .

٢ — يجوز لطالب التعويض عن حوادث النقل ، الاستناد الى أحد الاساسين المسئولية التقصيرية أو المسئولية التعاقدية حسبما يتسنى له .

تعليق : تناول هذا الحكم أربع مسائل جديرة بالتنويه وبالتحليل، أهمها تكييف مسئولية أمين نقــل الأشخاص عن الحوادث التى تصيب الركاب أثناء نقلهم بأنها مسئولية عقدية . أما المسائل الأخرى فتشــمل تعيين الخطأ العقدى وطريقة دفع المسئولية المترتبة عليه ، والخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية ، وسلطة المحكمة فى تكييف المسئولية .

١ — طبيعة المسئولية عن نقل الأشخاص : ان لهذا الحكم أهمية خاصة من حيث انه كيف مسئولية أمين نقل الأشخاص بأنها مســئولية عقدية ، ولأنه أول حــكم يصدر فى هــذا المعني من محكمة استئناف وطنية .

ولبيان هذه الأهمية يجدر بنا أولا أن نشير الى الاتجاه العام الذى بدا فى دائرة المسئولية المدنية منذ أوائل الربع الأخير من القرن الماضى نحو تسهيل حصول المصاب بوجه عام على التعويض ، وذلك من طريق

(*) منشور فى مجلة التشريع والقضاء السـنة الثانية ســنة ١٩٥٠ العدد ١٥ ص ٢٨٢ وما بعدها من قسم القضاء .

توسيع دائرة المسئولية التقصيرية وتيسير اثباتها تارة ، ومن طريق التوسع فى تطبيق قواعد المسئولية العقدية تارة أخرى ، والى تردد الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر بين هذين الطريقين فى كثير من أحوال المسئولية كمسئولية رب العمل ، ومسئولية متعهد نقل الأشخاص ، ومسئولية متعهد الألعاب الميكانيكية ، ومسئولية الطبيب ... الخ .

ففى حوادث العمل مثلا ذهب الفقه والقضاء فى فرنسا الى ضرورة التوسع فى تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية من طريق القرائن القضائية بل من طريق القرائن القانونية أيضا استنادا الى المادة ١٣٨٦ أو الى المادة ١٣٨٤ فقرة أولى ، وذهب البعض الآخر الى تطبيق قواعد المسئولية العقدية ، ولم يفقد هذا الخلاف أهميته الا بصدور قانون ٩ أبريل ١٨٩٨ الذى جعل مسئولية رب العمل عن اصابات العمل مسئولية قانونية تلزمه بمجرد حدوث الاصابة فى أثناء العمل أو بسببه ، فأغنى المحاكم بذلك عن الالتجاء فى هذا الشأن الى قواعد المسئولية العقدية .

ويجدر بنا ثانيا أن نعرض فى ايجاز مدى تأثر المسئولية عن نقل الأشخاص بهذا الاتجاه العام فى كل من القانونين الفرنسى والمصرى . ففى كليهما لم يرد نص على مسئولية متعهد نقل الأشخاص مع وجود نص خاص بنقل البضائع يجعل المتعهد مسئولا عن هلاك البضاعة ، ما لم يثبت أن هلاكها يرجع الى قوة قاهرة (المادة ٤٨٩/٥٩٨/١٧٨٤) ، مما دعا الى تردد المحاكم الفرنسية والمصرية فى تطبيق قواعد المسئولية العقدية على متعهد نقل الأشخاص ، فذهبت المحاكم الفرنسية أول الأمر الى اعتبار مسئولية هذا المتعهد مسئولية تقصيرية . ولكنها مسايرة منها للاتجاه العام الذى أشرنا اليه آنفا عملت على تخفيف عبء الاثبات عن الراكب المصاب وتوسلت لذلك بوسائل شتى . ففرضت على متعهدى النقل وبخاصة شركات السكك الحديدية طائفة من الواجبات القانونية تكون فى مجموعها واجب اتخاذ أشد الاحتياطات لتأمين سلامة الراكب ، ثم شفعت ذلك بالالتجاء الى قرائن الأحوال ، فاعتبرت أن بعض الحوادث يحمل فى ذاته الدليل على خطأ متعهد النقل كما فى حالة خروج

القطار عن الخط الحديدى ، وحالة تصادم القطارات ، وسقوط الراكب من باب أحد دواوين عربة السكة الحديدية . ولكن جميع هذه الوسائل المخففة للاثبات كان تقديرها متروكا الى محكمة الموضوع أى أنه كان لهذه المحكمة أن تعين واجبات أمين النقل وتقدر قرائن الأحوال دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض ، فلم يكن للمصاب ما يكفل له أن تعامله محكمة الموضوع معاملة تخفف عنه عبء الاثبات ، لذلك رأت محكمة النقض أن العدالة تقتضيها أن تشمل برقابتها هذه الحالة ، وكان لها أن تختار لبلوغ هذا الغرض بين أن تقرر انطباق المادة ١٣٨٤ فقرة أولى على مسئولية متعهد نقل الأشخاص أو أن تعتبر مسئوليته مسئولية عقدية .

غير أنه يلاحظ أن حكم المادة ١٣٨٤ فقرة أولى ان كان اليوم يؤدى الى قيام قرينة قانونية على مسئولية حارس الشىء بمجرد ثبوت حدوث الضرر للمصاب من هذا الشىء والى عدم امكان نقض هذه القرينة الا باثبات حدوث الضرر بقوة قاهرة أو بأى سبب أجنبى آخر ، فيجب ألا يغرب عن البال أن هذا الحكم لم يقصد بالنص عند وضعه ، وأنه وليد اجتهاد القضاء وأنه لم يولد بهذه القوة بل اتبع سنة التطور ومر بأدوار مختلفة حتى بلغ أشده ، وكان حتى فجر هذا القرن والى نهاية عشر السنوات الأولى منه فى أولى مراحل تطوره ، فكان يشترط فى الاستناد الى نص المادة ١٣٨٤ فقرة أولى أن يثبت وجود عيب فى تركيب الشىء الذى أحدث الضرر أو نقص فى صيانته ، ومتى ثبت ذلك لم يكن يترتب عليه سوى قرينة بسيطة على خطأ حارس الشىء أى انها قرينة يجوز للحارس نقضها باقامة الدليل على عدم وقوع خطأ منه وذلك بأن يثبت أنه بذل كل ما كان يجب عليه من عناية ولو لم يثبت حدوث الضرر بسبب أجنبى ، أى أنه لم يكن يتحمل مسئولية الضرر الذى يبقى سببه مجهولا . لذلك وجدت محكمة النقض الفرنسية اذ ذاك أن تطبيق قواعد المسئولية العقدية على متعهد نقل الأشخاص أوفى بالغرض وأكثر مصلحة للمصاب من تطبيق حكم المادة ١٣٨٤ فقرة أولى لأنه لا يتطلب من المصاب سوى اثبات قيام عقد النقل واصابته بالضرر فى أثناء النقل ولأنه لا يرفع عن

المتعهد مسئوليته الا اذا أثبت وقوع الحادث بسبب أجنبى عنه أى أنه يدعه مسئولا عن كل حادث بقى سببه مجهولا ، فأخذت به فى حكمها المشهور الصادر فى ٢١ نوفمبر ١٩١١ حيث قررت أن مسئولية متعهد النقل عن الحوادث التى تصيب الركاب فى أثناء النقل مسئولية عقدية وان تنفيذ عقد النقل يلزم المتعهد بتوصيل الراكب سالما (دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٤٩) • وقد أطردت منذ سنة ١٩١١ أحكام المحاكم على ذلك وتأيد قضاؤها تأييدا ضمنيا بصدور قانون ٣١ مايو ١٩٢٤ الخاص بالنقل الجوى • وقد يبدو أن محكمة النقض اقتصرت فى ذلك على أنها أدخلت فى دائرة عقد النقل واجب تأمين السلامة الذى كانت أنشأته على عاتق متعهد النقل فى حدود المسئولية التقصيرية وقبل أن تتجه الى تطبيق قواعد المسئولية العقدية عليه • ولكن الواقع غير ذلك اذ أن هذا الواجب كان فى الأصل التزاما بوسيلة obligation de moyen ، فكان يتعين على الراكب المصاب أن يثبت أن أمين النقل قد قصر فى اتخاذ أى احتياط مما كان يؤدى الى تأمين سلامة الركاب ، والا فلا مسئولية ولا تعويض • أما فى حكم سنة ١٩١١ وما تلاه من أحكام ، فقد جعلت المحكمة هذا الالتزام التزاما بغاية obligation de résultat بحيث يسأل أمين النقل بمجرد عدم ايصال الراكب سالما ودون حاجة بالأخير الى اثبات التقصير الذى وقع من أمين النقل فى اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بتأمين سلامة الركاب •

ويلوح لنا انه لو كان حكم المادة ١٣٨٤ فقرة أولى قد بلغ فى سنة ١٩١٠ ما بلغه الآن من قوة ، لكان من المحتمل جدا أن تستغنى به المحاكم عن الالتجاء الى قواعد المسئولية العقدية فى مساءلة متعهد نقل الأشخاص كما استغنت بصدور قانون سنة ١٨٩٨ عن تطبيق هذه القواعد فى اصابات العمل •

وفى القانون المصرى نهجت المحاكم أول الأمر نهج المحاكم الفرنسية ، فاعتبرت متعهد النقل ملزما باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة لتأمين سلامة الركاب [استئناف مختلط ٢٩ أبريل ١٨٩٦ (٨ ص

٢٥٥)، ٢٨ أبريل ١٨٩٧ (٩ ص ٢٩٦) ، أول يونيــه ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٩٥)] ليس عن الحوادث الناشئة عن عدم مهارة عماله فحسب ، بل أيضا عن الحوادث التى تنشأ عن وجود خلل فى ادارة مهمات النقــل [١٤ يونيه ١٨٩٩ (١١ ص ٢٨٠)] ، وكثيرا ما وجدت فى قرائن الأحوال وسيلة لقلب عبء الاثبات [استئناف مختلط ٢ فبــراير ١٩٢٨ الغازيت ١٨ — ٢٢٩ — ٢٨٦] • وقد طبقت بعض الأحكام الصــادرة قبل حكم النقض الفرنسى قواعــد المسئولية العقــدية . اما بالتوسع فى تطبيق النصوص المتعلقة بنقل البضائع (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر ١٨٨٦ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٢ ص ٥٧) ، واما بالرجوع الى القواعد العامة المتعلقة بالعقود [استئناف مختلط ٥ مارس ١٨٩١ (٣ ص ٢٥١)، المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٦ ص ٨٢ ؛ ٣ يونيــه ١٨٩٦ (٨ ص ٣٠٩) ، ١٦ يونيــه ١٨٩٧ (٩ ص ٣٨٨) ، الاسكندرية التجارية المختلطة ١٩ أبريل ١٩١١ الغازيت ١ ص ١٣٣] • ومن العجيب أن الأحكام اللاحقة لحكم النقض الفرنسى عدلت عن هذا الرأى واطردت على تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية على حوادث نقل الركاب خلافا للأحكام الصادرة فى العهد الأول [أنظر بوجه خاص استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩١٢ (٢٤ ص ١٣٣)، الغازيت ٢ — ٨٧ — ٨٨ والأحكام التى أشار اليها ريكول فى مقاله فى الغازيت ١٧ ص ٣ وما بعدها] •

غير أن المحاكم المصرية أخذت تعود الى رأيها الأول وتطبق أحكام المسئولية العقدية على حوادث نقل الركاب ، فبدأت بذلك محكمة مصر الجزئية المختلطة فى حكم مارس ١٩٣٣ (الغازيت ٢٥ — ٣٩ — ٥١) ثم محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ فبــراير ١٩٣٥ (٤٧ ص ١٧٦) ، وتبعتها فيه محكمة اللبان الجزئية فى ١٣ مايو ١٩٤٠ (المجموعد ٤٢ — ١٩٥ — ١١٩) ؛ وأخيرا محكمة استئناف الاسكندرية فى حكمها محل هذا التعليق •

ولنا بعد ذلك أن نتساءل عن سلامة الأخــذ بالمسئولية العقدية فى هذا الموضوع ثم عن الداعى اليه من الناحية العمنية • ان القول بمسئولية

متعهد النقل مسئولية عقدية مبناه ان المتعهد التزم بموجب العقد بايصال الراكب سالما الى الجهة التى يقصدها وأن اصابة الراكب فى أثناء النقل تعتبر فى ذاتها الدليل على اخلال الناقل بالتزامه • وقد اكتفى الحكم محل هذا التعليق بتقرير وجود هذا الالتزام دون أن يكلف نفسه مؤونة اثبات وجوده اذ قرر أن « من بين الالتزامات التى يشتمل عليها عقد النقل التزام الناقل ضمنا بسلامة الراكب أثناء النقل الى الجهة المتعهد اليها لأن مثل هذا الالتزام هو أول مميزات هذا النوع من التعاقد ويترتب على عدم الوفاء به ضمان الناقل للضرر الناشىء من عدم الوفاء طبقا للقواعد العامة » • فهو قد اعترف بعدم الاتفاق صراحة على هذا الالتزام ، وأسند نشوءه الى اتفاق ضمنى بين الطرفين • ولكن الواقع أنه اذا كان يجوز أن يفرض فى الراكب انصراف نيته الى انشاء هذا الالتزام فى ذمة متعهد النقل ، فانه لا يمكن افتراض مثل ذلك بالنسبة الى هذا المتعهد لأنه شخص يضع جهوده ومعداته تحت تصرف الركاب لنقلهم من مكان الى آخر دون قصد الالتزام بضمان سلامة الركاب من كل مكروه يصيبهم فى أثناء النقل ، فالقول بأن عقد النقل يتضمن هذا الالتزام فيه تحميل العقد فوق ما يحتمل لأن رضا الطرفين لم ينعقد على هذا الالتزام لا صراحة ولا ضمنا ، وليس فى وسع أحد غير المشرع أن يحمل العقد فوق ما يحمله العاقدان •

فهل فرض المشرع مثل هذا الالتزام على عاتق متعهد نقل الأشخاص ؟ لقد حاولت المحاكم فى فرنسا وفى مصر القول بذلك قياسا على النص الخاص بمتعهد نقل البضائع (المادة ٤٨٩/٥٩٨/١٧٨٤ مدنى والمادة ٩٨/١٠٢/١٠٣ تجارى) ، ولكن سرعان ما ظهر لها أن القياس مع الفارق لأن متعهد نقل البضائع يمكنه أن يسيطر على البضائع فيضمن سلامتها فى حين أن ناقل الأشخاص لا يستطيع أن يسيطر عليهم حتى يلزم بضمان سلامتهم • ولما ظهر للمحاكم الفرنسية فساد الاستناد الى هذا النص لجأت الى المادتين ١١٤٧ و ١١٤٨ باعتبارهما متضمنتين القاعدة العامة فى المسئولية العقدية ، ولم تكن المحاكم أكثر توفيقا فى ذلك

مما سلف لأن هاتين المادتين لا تتعرضان لبيان محتويات العقد وما يتضمنه من التزامات وانما تفترضان فحوى العقد ثابتا والاخلال بشىء منه واقعا وتقرران جزاء ذلك التزام المدين بالتعويض ما لم يكن عدم الوفاء راجعا الى قوة قاهرة أو الى أى سبب أجنبى آخر ، فلا فائدة من التحدى بهما للتدليل على اشتمال عقد النقل على التزام الناقل بضمان سلامة الركاب • وقد وجه العلامة جوسران هذه الاعتراضات الى قضاء المحاكم الفرنسية (أنظر جوسران فى كتاب النقل الطبعة الثانية نبذة ٨٨٣ وما بعدها) ، وأيده فى ذلك كثير من الشراح (أنظر بران Brun فى كتابه عن المسئوليتين العقدية والتقصيرية والصلة بينهما ، باريس ١٩٣١ ، نبذة ١٨٥ وما بعدها والشراح المشار اليهم فيه) ، فكان حريا بمحكمة استئناف الاسكندرية قبل تقرير وجود هذا الالتزام أن تعير هذه الاعتراضات شيئا من عنايتها وأن تدلنا على السند القانونى الذى تستند اليه فى تقرير وجود هذا الالتزام •

على أنه اذا لم يثبت لهذا الالتزام سند قانونى ، فان محكمة الاستئناف تكون قد أخذت به ، كما أخذت به من قبل محكمة النقض الفرنسية ، أى من قبيل السياسة القضائية التى يراد بها تحقيق مقتضيات العدالة ، ويكون حكمها بذلك مفهوما فى ظل التقنين الملغى حيث لم تكن ثمة وسيلة أخرى لكفالة حق الراكب المصاب •

أما فى ظل التقنين المدنى الجديد ، فان المادة ١٧٨ — التى تنص على مسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه — تكفل للراكب المصاب حقه فى التعويض دون حاجة به الى اثبات خطأ متعهد النقل ودون حاجة الى الالتجاء الى قواعد المسئولية العقدية من طريق تحميل عقد النقل التزاما لا يحتمله ، أعنى التزام الناقل بضمان سلامة الراكب •

لذلك يهمنا من ناحية التطبيق القانونى الصحيح أن لا يعتبر حكم

محكمة استئناف الاسكندرية محل هذا التعليق سوى خاتمة تطور هـذه المسألة فى ظل التقنين المـدنى الملغى ، بحيث لا يعتبر ما قضى به هـذا الحكم مبدأ قانونيا جديدا تسير عليه الأحكام اللاحقة التى ستصدر فى شأن ما يحدث من وقائع فى ظل التقنين المدنى الجديد ، وانما ينبغى على المحاكم أن تعيد النظر فى هذا الموضوع فى ضوء أحكام هذا التقنين دون تأثر بما قرره الحكم محل هذا التعليق •

٢ ـ تعيين الخطأ العقدى وقيام المسئولية العقدية وطريقة دفعها :

أثارت المادة ١١٩/١٧٧ مدنى قديم التى تقضى باستحقاق التضـمينات عندما يكون عدم الوفاء راجعا الى تقصير المتعهد خلافا فقهيـا عندنا ، ففسرناها نحن بما فسر به الفقه والقضاء فى فرنسا نص المادتين ١١٤٧ و ١١٤٨ مدنى فرنسى (راجع رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ١٩٣٦ ص ١١١ وما بعدها)، أى أن المقصود بها ان مجرد اخلال المـدين بالتزامه يعتبر خطأ ويستوجب مسئوليته ما لم يثبت المدين ان لاخلاله سببا أجنبيا عنه • وقد عارض الدكتور بهجت بدوى هذا التفسير للمادة ١١٩/١٧٧ وكان من رأيه ان مجرد عدم التنفيذ غير كاف لاعتبار المدين مقصرا وانه يجب على الدائن أن يثبت أن عدم التنفيذ قد وقع بتقصير من المدين (بهجت بدوى فى أصول الالتزامات ١٩٤٣ ص ٤٢٧) • وقد أخذ الحكم محل هذا التعليق بالرأى الذى ذهبنـا اليـه حيث قرر أن « نص المادة ١١٩ مدنى قديم ••• ينبغى أن يؤخذ فى تفسيره بما فسر به الفقهاء الفرنسيون نص المادتين ١١٤٧ و ١١٤٨ مدنى فرنسى ••• وانه من المعروف فقها ويجب الأخذ به قضاء لمطابقته لطبيعة الالتزام أن الخطأ فى المسئولية التعاقدية هو بذاته واقعة الاخلال التى يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام وذلك طالما لم يثبت الملتزم قيام السبب الخارجى الذى يدعى به • وفى هذه الحالة يتبين أن تلك الواقعة وحدها هى كل ما يتعين على طالب التعويض اثباته وأنه متى قام باثباتها فـانه يكون قد أثبت الخطأ الذى تبنى عليه مسئولية الملتزم ••• » •

وقد عنى الحكم فى هذه المناسبة ببيان التفرقة بين الالتزام بغاية

والالتزام بوسيلة وابراز أثرها فيما يتعلق باقامة الدليل على ما يعتبر اخلالا بالالتزام أو خطأ عقديا ، فقال ان هذا الخطأ أو الاخلال يتحقق فيما يتعلق بالالتزام بغاية بمجرد عدم تنفيذ ما التزم به الملتزم دون نظر الى ما قد يدعى بأنه بذله من جهد أو عناية أو احتياط لتحقيق الغـاية التى تعهد بها ، لأن هذا انما يكون بالنسبة الى الالتزام بوسيلة حيث يقوم ثبوت الاخلال به على ما يبين من سلوك الملتزم ومقارنته بسلوك الرجل الحريص •••

ويترتب على تعيين ماهية الخطأ العقدى الذى تقوم على أساسه المسئولية العقدية تحديد طريقة دفع هـذه المسئولية • فالرأى الـذى لا يعتبر مجرد الاخلال بالالتزام خطأ يستوجب المسئولية يتطلب فوق هذا الاخلال ثبوت تقصير المدين أو على الاقل قيام قرينة على تقصير المدين • وفى هـذه الحالة الأخيرة يسمح للمدين بأن ينقض هـذه القرينة بنفى الخطأ عن نفسه •

أما الرأى الذى ذهبنا اليه — فلأنه يعتبر مجرد الاخلال بالالتزام فى ذاته خطأ موجبا للمسئولية — لا يجيز للمدين أن يدفع هذه المسئولية باثبات عدم وقوع تقصير منه • وقد أخذ الحكم محل هذا التعليق بذلك حيث قال « ان خلاصة القول فيما سبق بيانه ان خطأ استأنف•••ثابت من مجرد الحادث الذى نشأت عنه اصابة ابنة المستأنف ضده والذى أدى الى وفاتها اذ أن به يثبت حصول الاخلال بالتزام الضمان المشار اليه ولا يتطلب الأمر فى هـذا الاثبات وزن أفعال المستأنف لتحقيق وجود الخطأ ، ومن ثم فلا محل لأن يقبل من المستأنف دفعه بأنه قـد احتاط لمنع وقوع الحادث بوضع جهاز الاطفاء بالسيارة وبوجود تابعيه على مقربة منها وبأن هؤلاء قد بذلوا غاية جهـدهم فى اطفاء النـار وتخليص المصابة ، وذلك طالما انه قد عجز عن نفى نسبة الحادث الى أمر يتصل به بارجاعه الى عامل خارجى كالسبب القهرى أو القوة الجبرية أو فعل الغير وذلك طبقا لما يتعين على أساسه تفسير شرط الالتزام وحالة الاعفاء من نتائج الاخلال به طبقا للقواعد العامة ••• » •

ويلاحظ ان ثمرة الخلاف بين الرأيين تتركز فى تعيين من يتحمل آثار عدم التنفيذ الــذى يبقى مجهول السبب ، فطبقــا للرأى الأول يخلص المدين من المسئولية بمجرد نفى الخطأ عن نفسه ولو لم يثبت ان عــدم التنفيذ راجع الى سبب أجنبى • أما الرأى الذى أخذ به الحكم فيؤدى الى بقاء المدين مسئولا اذا بقى سبب عدم التنفيذ مجهولا • أى اذا لم يقم المدين الدليل على السبب الأجنبى واقتصر على التدليل على عدم وقوع خطأ منه •

ومتى تقرر أن مسئولية المدين لا تدفع الا بالسبب الأجنبى ، تعين البحث فيما يعتبر سببا أجنبيا • ويمــكن تعريف السبب الأجنبى بأنه الحادث الذى يجعل وفاء المدين بالتزامه مستحيلا ويكون أجنبيا عن المدين ولا شأن له فيه (راجع رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية ص ١٨٢ و ص ١٨٣) • والسبب الأجنبى جنس له أنواع ، ومن أنواعه القوة القاهرة والحادث الفجائى وخطأ الدائن نفسه وخطأ الغير • وقد ادعى متعهد النقل فى هذه القضية ان احتراق السيارة راجع الى قيام شخص مجهول بوضع بنزين فيها فى المكان المخصص للركاب وطلب اعتبار ذلك خطأ من الغير وسببا أجنبيا تدفع به مسئوليته ، ولكن الحكم رفض هذا الدفع وقرر « ان قيام المستأنف باعتباره المدين بالتعويض بهذا الاثبات (اثبات السبب الأجنبى) اذا ما ادعى خطأ الغير يستلزم من جانبه اقامة الدليل على وقائعه كلها ولا يكفى أن يستند فيه الى مجرد نسبة الخطأ الى الغير ممن يحتمل وقوع الخطأ منهم لوجودهم فى موقع الحادث لأن الذى تبينته هذه المحكمة من الاطلاع على تحقيق قضية الجنحة ان هذا التحقيق لم يكشف عن السبب الحقيقى ذاته الــذى أدى الى حصول الحريق • وأما ما وصفت به النيابة العمومية الحادث ووقائعه ، فانه لا حجية له ولا تتقيد به المحكمة فى نظر دعوى التعويض ، ولذا فقــد وجب اعتبار الحادث مجهول السبب كما انه لا يمكن نسبته الى شخص معين سواء أكان هو المدين فى التعويض والعمال التابعين لم أم أى شخص من الركاب أو سواهم مما يترتب عليه عدم ثبوت السبب الخارجى الذى يستند اليه المستأنف ، ••••••

٣ — **الخيرة بين المسئوليتين** : قرر الحكم أيضا جواز الاستناد فى طلب التعويض الى أحد الأساسين ، المسئولية التقصيرية أو المسئولية العقدية ، حسبما يتسنى لطالب التعويض ، فاذا ما قصرت وسائله عن اثبات عناصر الأولى أمكنه الاستناد الى الثانية عند توافر أركانها ، وهو بذلك قد اعتمد نظرية الخيرة بين المسئوليتين التقصيرية والتعاقدية كأنها نظرية مسلمة لا تحتمل جدلا ، مع أنها فى الواقع من الأمر محل خلاف كبير بين الشراح والمحاكم فى فرنسا وفى مصر (١) .

فالقائلون بالخيرة يستندون الى أن قواعد المسئولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام فلا يمنع من تطبيقها وجود عقد بين طرفين ، لأن العقد يضاف اليها فى تنظيم العلاقة بين الطرفين ولا يستطيع أن يستبعدها ، فيحق للمتعاقد أن يلجأ اليها فى أى وقت اذا لم تسعفه أحكام العقد ، ويرتبون على ذلك أنه اذا كان العقد يتضمن اتفاقا على الاعفاء من المسئولية المترتبة على الاخلال به . يجوز للعاقد أن يتخلص من أثر هذا الاتفاق بالالتجاء الى قواعد المسئولية التقصيرية (أنظر فى هذا المعنى مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية ، والسنهورى فى الموجز فى الالتزامات) .

ويرد خصوم الخيرة ذلك بأن المشرع لم يقصد بوضعه أحكام المسئولية التقصيرية تطبيقها على الاخلال بالالتزامات العقدية ، وانما وضع لهذه أحكاما خاصة . فلابد اذن من تعيين نطاق كل من النظامين قبل التمسك فى دائرة العقد بتعلق قواعد المسئولية التقصيرية بالنظام العام. ومتى كان الضرر ناشئا عن اخلال بالتزام عقدى ، خرج بطبيعته من نطاق المسئولية التقصيرية ، وخضع فى تعويضه الى الأحكام الخاصة به وهى أحكام المسئولية العقدية دون غيرها (أنظر مذكراتنا فى الفعل الضار سنة ١٩٤٨ نبذة ١٤ ، وراجع بران ص ٢٥٠ وما بعدها نبذة ٢٢٣ وما بعدها ، مازو نبذة ١٩٢ وما بعدها) .

فكان ينبغى ازاء ذلك ألا تكتفى المحكمة بمجرد تقرير مبدأ الخيرة ولن

---

(١) أنظر ما تقدم فى ص وما بعدها .

تعرض الى الخلاف القائم بشأنه فتمحصه حتى تخلص منه الى نتيجة مسببة يمكن الاعتماد عليها •

٤ — **سلطة المحكمة فى تكييف المسئولية :** جاء فى الحكم موضوع هذا التعليق ، بعد أن قرر عدم ثبوت خطأ على المدعى عليه يستوجب مسئوليته التقصيرية ، انه « ظاهر من صحيفة الدعوى الحالية ومن دفاع المستأنف ضده فيها انه يبنى دعواه على العقد والتزامات المستأنف الناشئة عنه ، فليس ثمة ما يمنع من نظر الدعوى على هذا الأساس » أى ان المحكمة اعتبرت أنه لولا ان المدعى ذكر فى صحيفة دعواه انه يبنى الدعوى على أساس المسئولية العقدية وعلى أساس المسئولية التقصيرية ، ما جاز لها أن تنظرها على أساس المسئولية العقدية •

وظاهر ان ذلك يتصل بقضاء محكمة النقض الذى يعتبر دعوى المسئولية العقدية دعوى متميزة عن دعوى المسئولية التقصيريةومختلفة عنها فى سببها بحيث لا يجوز للقاضى اذا ما طلب منه الحكم على أساس المسئولية العقدية (أنظر نقض أول فبراير سنة ١٩٤٣ وأول مارس سنة ١٩٤٣ و ٨ مارس سنة ١٩٤٣ وتعليقنا على هذه الأحكام فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٥ ص ١٨٥ وما بعدها (*) •

وقد فندنا فى تعليقنا المشار اليه وجهة نظر محكمة النقض ، وبينا ان الفقه الحديث يعتبر ان السبب فى دعوى المسئولية هو ذات الواقعة القانونية التى ينشأ عنها الالتزام بالتعويض ، أعنى الاخلال بالالتزام ، سواء كان الالتزام عقديا أو تقصيريا • أما بناء الدعوى على أساس المسئولية التقصيرية أو على أساس المسئولية العقدية ، فلا يعدو أن يكون مجرد تكييف قانونى لهذه الواقعة • وهو بهذه الصفة يملكه المتقاضون تحت رقابة المحكمة • فاذا أخطأ المدعى فى تكييف دعواه ، كان للمحكمة أن تصحح هذا التكييف بما يتفق مع حكم القانون •

(*) منشور فى هذه المجموعة ص ١٢٤ وما بعدها •

وتظهر أهميـة ذلك بوجه خاص عند الأخـذ بعـدم الخيرة بين المسئوليتين ، فان ذلك يكون معنـاه ان كـلا من المسئوليتين التقصيرية والعقدية لها دائرتها الخاصة وان طلب التعويض اما أن تنطبق عليه قواعد المسئولية التقصيرية واما أن تنطبق عليه قواعد المسئولية العقدية. فاذا كيف المدعى دعواه تكييفا خطأ ، أفيكون ذلك سببا فى رفضها أو يجوز للمحكمة حينئذ أن تصحح التكييف الخطأ وان تقضى فى الدعوى على أساس التكييف الصحيح ؟ لا شك عنـدنا فى جواز ذلك ولذا نعتبـر أن المحكمة كانت تستطيع أن تقضى فى الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم على أساس المسئولية العقدية — مادامت قد خلصت الى اعتبار مسئولية متعهد نقل الركاب مسئولية عقدية — ولو لم يبين المدعى دعواه على أساس هذه المسئولية واقتصر على تأسيسها على المسـئولية التقصيرية دون غيرها .

مسئولية الطبيب ومسئولية ادارة المستشفى (*)

أصدرت محكمة النقض المصرية حكمـــا خطيرا بجلسة ٢٢ يونيـــه ١٩٣٦ (٤١) قررت فيه المبادىء الآتية :

١ — ان الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه فى المعالجة ، ومسئوليته هذه تقصيرية بعيـــدة كل البعـــد عن المسئولية التعاقدية .

٢ — ان قاضى الموضوع يستخلص هـــذه المسئولية التقصيرية من جميع عناصر الدعوى بغير رقابة عليه فى ذلك .

٣ — ان وجود علاقة تبعية بين الطبيب وادارة المستشفى الـــذى عالج فيه المريض ولو كانت علاقة تبعية أدبية كاف لتحميـــل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب .

وتتلخص وقائع الدعوى فى أن عبد الحميـــد حمدى أفندى كانت عنده فى سنة ١٩٢٨ أثرة التحام (كلويد) مزمنة بمؤخر عنقه ، فاتفق مع الدكتور ألفريد مقار الطبيب بالمستشفى القبطى على معـــالجته بأشعة اكس ، واستمر العلاج مدة ، ثم شعر عبد الحميد حمدى أفندى بتهيج

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد س ٧ عـــدد يناير ١٩٣٧ ص ١٥٥ وما بعدها وانظر فى هذا الموضوع مؤلفنا فى المسئولية المدنية فى البلاد العربية سنة ١٩٧١ الجزء الاول فى أركان المسئولية ص ٤٧ ثم ص ٣٦٢ الى ص ٣٩١ .

(٤١) مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ملحق العددين السادس والسابع ص ٢٤٤ وما بعدها . مجموعة القواعد القـــانونية للاستاذ محمود عمر ج ١ ص ١١٥٦ رقم ٣٧٦ وبهذا المعنى أيضا استئناف ٢٣ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٢٥٨ — ٨٥ ، المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٢٦٥ (قرر أن مسئولية الطبيب عن الخطأ اليسير مسئولية تقصيرية) ، وأيضا الاسكندرية الابتدائية الاهلية ٣٠ ديسمبر ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ — ٧٨ — ٣٥ وأيضا ...

شديد فى موضع تسليط الأشعة وتورم فى العنق ؛ فرفع الدعوى على الدكتور مقار وادارة المستشفى القبطى طالبا الحكم بالزامهما متضامنين بأن يدفعا له مبلغ ألفى جنيه على سبيل التعويض ، وقد رفضت محكمة مصر دعواه ، فاستأنف الحكم ، وقررت محكمة الاستئناف الغاء الحكم المستأنف والزام المستأنف عليهما متضامنين بأن يدفعا للمستأنف مبلغ ٥٠٠ جنيـــه على سبيل التعويض ، فطعن المستأنف عليهمـــا بالنقض فى هذا الحكم ، ومحكمة النقض أيدت الحكم المطعون فيه وقررت المبادىء التى أشرنا اليها •

وبما أن لكل مبدأ من هذه المبادىء خطره ، فقد رأيت أنه ينبغى ألا يدر هذا الحكم بغير تعليق ، لأنه يمس ثلاث مشـــكلات قانونية جديرة بالبحث والتمحيص • فهو قد فصل أولا فى مسئولية الطبيب وطبيعتها ، فاعتبرها تقصيرية غير تعاقدية ، وهذا الاعتبـــار يصح أن يكون محـــلا للنظر ، ثم هو قد وسع من سلطة قاضى الموضوع فى استخلاص المسئولية وأركانها من الوقائع الثابتة ، فأطلق هـــذه السلطة من رقابة محـــكمة النقض ، وهذا التوسيع أو الاطلاق يبدو مخالفا للمبادىء التى قررتها أحكام سابقة صادرة عن محكمة النقض نفسها ، وأخيرا ذهب هذا الحكم فى مسئولية السيد عن أعمال تابعه الى حد الاكتفاء بتوافر علاقة التبعية الأدبية ؛ وفى هـــذا المذهب من الخطر ما يجيز عـــدم التسليم به بغير مناقشة وتمحيص ، فلنتناول بحث هذه المسائل الثلاث على التوالى •

المسألة الأولى

مســـئولية الطبيب
مداهـــا ونوعهـــا

مدى مسئولية الطبيب : كان الرومان يعتبرون الطبيب كغيره من الناس مسئولا عن كـــل خطأ يقع منه فى عـــلاج المريض (٤٢)، أما فى

(٤٢) راجع ديمولومب جـ ٣١ ص ٤٦٩ نبذة ٥٤٠ •

القانون الفرنسى القديم فكانت غالبية الشراح على أن الطبيب لا يسأل الا اذا كان سيىء النية ، ولكن المحاكم اختلفت ، فقضى بعضها بمسئولية الطبيب اطلاقا ، وحكم البعض الآخر بعدم مسئوليته أصلا (٤٣) • وانقسم فى شأن ذلك شراح القانون الفرنسى الحديث ، فأيد بعضهم الرأى القائل بعدم المسئولية ، وعارضه فريق آخر • وحجة الفريق الأول أنه يشترط أن يكون الفعل الذى تترتب عليه المسئولية ممكنا تقديره على وجه التحقيق ، وقابلا للجزم بثبوت وصف الخطأ فيه من غير شك ، وهذا ما لا يمكن توافره فى الأعمال العلاجية — ولا سيما فى الطب الباطنى — حيث يتعذر الجزم فيها بأى شىء • ويرد الفريق الآخر ذلك بالاستناد الى عموم نص المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ مدنى فرنسى الذى يجعل كل شخص — دون استثناء الأطباء — مسئولا عن تعويض الضرر الذى يترتب على أى خطأ أو اهمال منه •

وقد فكر ديمولومت فى الجمع بين الرأيين ، فذهب الى وجوب التفرقة فى شأن مسئولية الأطباء بين نوعين من الأعمال : (١) الأعمال التى تصدر عن أى شخص عادى ولا شأن فيها لصفة الطبيب ، وتسمى أعمالا مادية ، (٢) والأعمال الطبية التى تصدر عن الطبيب فقط فى مباشرة مهنته ، وهى التى تعتبر أعمالا فنية • ثم جعل الطبيب مسئولا عن أعماله المادية وحدها دون الأعمال الفنية ، غير أنه لم يسعه أن يعمم مبدأ عدم المسئولية عن الأعمال الفنية ، فسلم بوجود مبادىء أساسية فى علم الطب وحقائق ثابتة معترف بها اجماعا ، تعتبر مخالفتها أو الغلط فى تطبيقها خطأ جسيما يضارع سوء النية من حيث انه لا يجوز اغتفاره ، وأنه يستتبع المسئولية حتما (٤٤) •

وقد تبعه فى ذلك كثير من الشراح ، ففرقوا مثله بين العمل المادى والعمل الفنى ، غير أنهم عمموا الاستثناء الذى أورده ديمولومب على

---

(٤٣) راجع ديمولومب ج ٣١ ص ٤٧٠ نبذة ٥٤١ .
(٤٤) ديمولومب ج ٣١ ص ٤٧٣ وما بعدها نبذة ٥٤٣ وما بعدها .

سبيل الاستدراك فيما يتعلق بالعمل الفنى ، وقالوا ان الطبيب يسأل عن كل خطأ فى أعماله المالية ، ويسأل أيضا عن أعماله الفنية اذا وقع منه خطأ جسيم فيها (٤٥) . وأغلب هؤلاء الشراح يقولون ان المحاكم من هذا الرأى ، ويستدل على ذلك بأحكام معينة .

وأهم حكم استندوا اليه جميعا فى تدعيم أساس هذه النظرية حكم أساسى أصدرته محكمة النقض الفرنسية (دائرة العرائض) فى ٢١ يوليه ١٨٦٢ (٤٦) ، جاء فيه « ان هاتين المادتين (١٣٨٢ و ١٣٨٣ مدنى فرنسى) قد قررتا قاعدة عامة هى قاعدة وجوب اسناد الخطأ وتعويض الضرر الذى ينشأ عن فعل الانسان ، بل حتى عن مجرد اهماله أو عدم تبصره ، وان هذه القاعدة تسرى على جميع الناس مهما كانت مراكزهم وصناعاتهم بغير استثناء ، الا فى الحالات التى نص عليها القانون بصفة خاصة ، وأنه لا يوجد أى استثناء من هذا القبيل بالنسبة للأطباء ، وانه مما لا شك فيه أن الحكمة تتطلب من القاضى ألا يوغل فى فحص النظريات والأساليب الطبية ، وأنه توجد قواعد عامة يمليها حسن التبصر وسلامة الذوق وتجب مراعاتها فى كل مهنة ، وان الأطباء فيما يتعلق بذلك خاضعون للقانون العام كغيرهم من الناس » (٤٧) ، وكان من رأى هؤلاء

---

(٤٥) انظر بيدان جـ ٤ نبذة ١١٨٧ ، ديموج جـ ٣ نبذة ٢٦٤ ، لالو نبذة ١٦٧ وما بعدها ، قارن جوسران جـ ٢ نبذة ٤٢٧ .

(٤٦) سيرى ١٨٦٢ — ١ — ٨١٧ ، جاء فيه قول المحكمة :

(٤٧) «Vu les art. 1383 du Code Napoléon ; . . Attendu que ces articles contiennent une règle générale, celle de l'imputabilité des fautes, et de la nécessité de réparer le dommage que l'on a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence ; . . Que toute personne, quelle que soit sa situation ou sa profession, est soumise à cette règle, qui ne comporte d'exceptions que celles qui sont nominativement formulées par la loi . . Qu'aucune exception de cette nature n'existe au profit des médecins—; Que sans doute, il est de la sagesse du juge de ne pas s'ingérer témérairement dans l'examen des théories ou des

الشراح أن هذا الحكم قد فرق بين الأعمال الفنيــة فنهى القضــاة عن الخوض فيها ، وبين الأعمال العادية فجعل الأطباء فيها كسائر الناس ؛ ثم استندوا فى اشتراط جسامة الخطأ الى حكم آخر أصدرته محكمة استئناف متز فى ٢١ مايو ١٨٦٧ (٤٨) •

غير أنه يلاحظ أن هذه التفرقة بين الأفعال المادية والأفعال الفنية ، ان كانت ميسورة فى بعض الأحوال ، هى كثيرا ما تبلغ حــدا من الدقة يجعلها متعذرة ، فالطبيب الذى يعود مريضا وهو فى حالة سكر مثلا أو وهو مشغول بأمور هامة تملك عليــه رشده لا شك فى أنه يرتكب خطأ عاديا ، وكذلك يكون الحال اذا امتنع الطبيب عن عيادة مريض فى حالة خطرة أو ترك مريضا بعد البدء فى علاجه بدون أن تكون مواصلة العلاج ميسورة بمعرفة غيره ، أما اذا أخطأ فى تشخيص المرض أو فى وصف الدواء فلا نزاع فى اعتبار خطئه فى هذه الحالة فنيا ، وبالعكس من ذلك ليس من السهل وصف خطأ الطبيب الذى لم يأمر بنقــل المريض الى المستشفى فى الوقت المناسب ، أو الذى باشر عمليــة جراحية خطرة لا لغرض علاجى بل لمجرد ازالة عيوب طبيعية لا أثر لها فى الصحة اطلاقا ، فاذا كان بعض المحاكم قد اعتبر مثل هذا الخطأ عاديا (٤٩) ، فانه مما لا شك فيه أن تقدير درجة الخطر فى كلتا الحالتين عمل فنى •

واذا فرضنا امكان هذه التفرقة فى جميع الأحوال فانه لا يجوز مع

---

méthodes médicales ; mais qu'il est des règles générales de bon sens et de prudence, auxquelles on doit se conformer avant tout, dans l'exercice de chaque profession, et qu, sous c rapport, les médecins restent soumis au droit commun, comme tous les autres citoyens..»

(٤٨) سيرى ١٨٦٨ — ٢ — ١٠٦ •

(٤٩) محكمة السين الابتدائية ٢٥ فبراير ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٢٩ — ١ — ٤٢٤ ، محكمة استئناف نانسى ١٩ ينــاير ١٩٢٨ غازيت القضـــاء ١٩٢٨ — ١ — ٤١٠ •

ذلك الأخذ بها ، لأنها لا سند لها فى القانون ، بل هى ترجع فى أصلها — كما رأينا — الى الرغبة فى تحاشى تدخل القضاة فى المسائل العلمية الخلافية حتى يكون قضاؤهم مبنيا على الثابت من المبادىء المقررة . وعلى اليقين لا على الشك ، ثم الى وجوب بث الطمأنينة فى نفوس الأطباء وترك الحرية الكافية لهم فى اتباع النظريات العلمية الحديثة والانتفاع بها بعد التحقق من صحتها ، ولكن هذين السببين لا يبرران مخالفة حكم القانون الذى يقرر مسئولية كل امرىء عن خطئه مهما كان يسيرا ومهما كان نوعه ، بل انهما فى الواقع لا يتعارضان مع تطبيق القانون على وجهه الصحيح ، لأن مؤاخذة المرء عن خطئه اليسير ليس معناها الحكم عليه بمجرد الشك دون اليقين ، اذ لابد من ثبوت الخطأ بصفة قاطعة مهما خفت درجته ، فلا يجوز للقاضى أن يخطىء الطبيب الا اذا وجد فى عمله مخالفة لمبدأ طبى من المبادىء الثابتة على وجه التحقيق ، ومادام الأمر كذلك فهو من جهة فى غنى عن الدخول فى مناقشة النظريات العلمية الخلافية ، والطبيب من جهة أخرى بمنجى من المسئولية متى راعى تلك المبادىء الأولية المقررة ، ولا حرج عليه بعد ذلك اذا ساير نظريات حديثة ، عليها مسحة من الوجاهة ولما يقطع العلم بعد بصحتها .

أما حكم النقض الذى استخلصوا منه هذه التفرقة بين العمل المادى والعمل الفنى . فهو يؤيد ما ذهبنا اليه ، ويبعد كل البعد عما زعموا ؛ فهو قد أكد أن الأطباء لا يستثنون من المسئولية عن كل خطأ أو اهمال ، وغاية الأمر أنه أشار على القضاة بعدم الامعان فى فحص النظريات والأساليب الطبية الحديثة وبالوقوف عند حد المبادىء المقررة التى لا خلاف فيها . فهو لم يشترط وقوع الخطأ الجسيم فى الأعمال الفنية ؛ بل قسم هذه الأعمال الى نوعين : أحدهما يجرى وفقا لمبادىء ثابتة مقررة ؛ ويسأل الطبيب بشأنه عن كل خطأ مهما كان يسيرا ؛ والثانى تتبع فيه النظريات العلمية التى لاتزال محل بحث وتمحيص ، وقد أشارت محكمة النقض على القاضى بعدم التعرض لهذا النوع من

الأعمال الفنية لأن حكمه فيه لا يمكن أن يقوم على اليقين ، ولابد له فيه من سلوك سبيل الترجيح الذى لا يخلو من الشك • وكلا الشقين لا يؤخذ منه وجوب اشتراط الخطأ الجسيم فى جعل الطبيب مسئولا عن عمله الفنى •

ويظهر أنه كان قد تبادر الى بعض الأذهـان أن المحـكمة منعت القاضى من النظر فى المسائل الفنية كلها وجعلت الطبيب فيها غير مسئول أصلا ، فتصدت محكمة متز فى حكمها الصادر فى ٢١ مايو ١٨٦٧ الى تبديد هذا الظن ، حيث قالت « ان المسئولية تتناول أيضا الأعمال الطبية البحتة، ولا يجوز فى شأنها أن تمنع المحاكم اطلاقا من النظر فيها بحجة أن فصلها فى ذلك يؤدى بها الى التدخل فى فحص مسائل تقع فى دائرة علم الطب وحده ، بل ان الطبيب فى مثل هذه الأحوال يجب أن يسأل عن خطئه الجسيم ، المستخلص من وقائع ناطقة واضحة ، والذى يتنافى فى ذاته مع القواعد العامة التى يمليها حسن التبصر وسلامة الذوق ، تلك القواعد المقررة التى لا نزاع فيها ••• » (٥٠) • والمهم هنا فى وصف الخطأ ليس الجسامة ، بل استخلاصه من وقائع ناطقة واضحة بحيث يثبت أنه يتنافى فى ذاته مع القواعد العامة المقررة التى لا نزاع فيها •

أما وصفه بالجسامة ، فقد ورد عرضا ، وللمحكمة كل العـذر فى

---

(٥٠) استئناف متز ٢١ مايو ١٨٦٧ سيرى ١٨٦٨ — ٢ — ١٠٦ ، وهذا نص الحيثية المترجمة اعلاه :

«Attendu que (la responsabilité) s'applique également aux faits purement médicaux, et qu'on ne saurait, à cet égard, décliner, d'une manière absolue, la compétence des tribunaux, par le motif qu'ils s'ingéreraient dans l'examen de question qui sont du domaine exclusif de la science ; mais que, en pareil cas, le médecin ne peut être tenu que d'une faute lourde, s'accusant par des faits palpables et évidents, constituant, en soi, l'oubli des règles générales de bon sens et de prudence, qui sont hors de discusion..».

ايراده فى معرض التشديد فى ضرورة ثبوت المبادىء الأولية المقـررة التى لا تغتفر مخالفة رجل الفن لها مهما كانت يسيرة .

لهذا كان الرأى الصائب الذى يتفق مع حكم القانون وقضاء المحاكم ويحقق الغرضين اللذين ينشدهما القائلون باشتراط الخطأ الجسيم لجعل الطبيب مسئولا عن عمله الفنى ، أن يسأل الطبيب عن كل خطأ ثابت فى حقه على وجه التحقيق ، سواء أكان ذلك الخطأ عاديا أم فنيا ، وسواء أكان يسيرا أم جسيما (٥١) .

وقد جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على ذلك (٥٢) ، وسايرها فيه كثير من المحاكم الابتدائية والاستئنافية (٥٣) ، غير أن بعض هـذه المحاكم يبدو أنه قد اشترط وقوع خطأ جسيم ، ولكن أغلب هذه الأحكام قد أثبتت على الأطبـاء أخطـاء وصفتها بأنها جسـيمة ورتبت عليهـا المسئولية (٥٤) ، ويندر صدور الأحكام التى تعفى الأطباء من المسئولية بناء على أن ما وقع منهم لا يعتبر الا خطأ يسيرا .

وفى مصر ، فرقت المحاكم بين خطأ الطبيب العـادى وبين خطئـه

---

(٥١) أنظر فى هذا المعنى سوردا نبـذة ٦٧٧ مكررة ، بلانيول وريبير واسمان ج ٦ نبذة ٥٢٤ ، مازو نبذة ٥١١ .

(٥٢) نقض فرنسى (مدنى) ٢٩ اكتوبر ١٩٢٠ سيرى ١٩٢١ — ١ — ١١٩ غازيت القضـاء ١٩٢١ — ١ — ٦٨ ، (عرائض) ٢١ يوليـه ١٩١٩ دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ .

(٥٣) ريوم ٥ فبراير ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٢٩ — ١ — ٦٤٩ .

(٥٤) استئناف متز ٢١ مـايو ١٨٦٧ سـيرى ١٨٦٨ — ٢ — ١٠٦ ، محكمة دينى Digne ١٠ يوليه ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٢٩ — ٢ — ٦٥٩ ويعرف نوازينيه Voisenet الخطأ الجسيم الذى تقول تلك المحاكم ان الطبيب يسأل عنه بأنه

c'est la faute avérée, la faute qui saute aux yeux, l'imprudence manifeste l'incurie notoire, l'erreur évidence.

ويشير فى الهامش الى الاحكام التى اوردت هذه العبارات وما يماثلها (نوازينيه ، فى الخطأ الجسيم ص ١٤٤ هامش ٤٣) .

الفنى (٥٥) ، وقررت أن الطبيب لا يسأل عما يرتكبه من خطأ فى تشخيص المرض خصوصا اذا تشابهت الأغراض (٥٦) ، ولا عن اختياره طريقة فى العلاج دون أخرى (٥٦ مكرر) ، ولا عن عدم مهارته فى مباشرة عملية جراحية ، الا أنه يكون مسئولا عن خطئه الجسيم مدنيا وجنائيا اذا ثبت أنه لم يتخذ الاجراءات التى يوجبها الفن (٥٧) • ولكن يلاحظ أن المحاكم التى اشترطت الخطأ الجسيم أثبتت فى الواقع وجود خطأ من هذا النوع ، بل ان حكم محكمة مصر (جنح مستأنفة) الصادر فى ٢ مايو ١٩٢٧ قرر أن الطبيب يسأل عن خطئه الجسيم فى مباشرة مهنته ، وأيضا عن خطئه اليسير (٥٨) • وعندى أن تطبيق أحكام القانون المصرى يؤدى — كما هى الحال فى القانون الفرنسى — الى جعل الطبيب مسئولا عن كل خطأ يقع منه ويثبت عليه ثبوتا محققا (٥٨ مكرر) • وقد حكمت بذلك صراحة محكمة استئناف مصر فى ٢ يناير ١٩٣٦ ، بل ذهبت الى أنه بالنسبة للأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة فى تقدير أخطائهم ، لأن واجبهم الدقة فى التشخيص والاعتناء وعدم الاهمال فى المعالجة (٥٩) •

---

(٥٥) استئناف مختلط ٣ فبراير ١٩١٠ (٢٢ ص ١٢٠) ، ٢٩ فبراير ١٩١٢ (٢٤ ص ١٦٦) بسطوروس جـ ٢ ص ٥٤٨ نبذة ٦٥٦ •

(٥٦) استئناف أهلى ١٦ أبريل ١٩٢١ المحاماة ٢ — ٣٠ — ١٣ والمحاماة ٥ — ٤١٧ — ٢٧٧ •

(٥٦ مكرر) القاهرة الابتدائية الوطنية ٣ أكتوبر ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ — ١٣١ — ٥٥ •

(٥٧) مصر الابتدائية (جنح مستأنفة) ٢ مايو ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ — ١١ — ٢٠ • الجيزة ٢٦ يناير ١٩٣٨ المحاماة ١٥ رقم ٢١٦ ، استئناف مختلط ١٩ نوفمبر ١٩٣٦ (٤٩ ص ١٩) •

(٥٨) حكم الجنح المستأنفة المشار اليه فى الهامش السابق •

(٥٨ مكرر) الاسكندرية الوطنية ٢٠ ديسمبر ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ — ٧٨ — ٣٥ ، مصر الوطنية ٧ فبراير ١٩٣٩ المحاماة ١٩ — ٩٧٠ — ٣٩٥ •

(٥٩) استئناف مصر ٢ يناير ١٩٣٦ المحاماة ١٦ — ٧١٣ — ٣٣٤ • ثم اخذت بذلك بعد كتابة هذا التعليق محكمة جنح الازبكية بتاريخ ٢٦ يونيه ١٩٦٩ فى قضية الدكتور يحيى الجمال رقم ١٠٥٤ / ١٩٦٧ جنح حيث قالت انه من المتفق عليه فى الاونة الاخيرة فقها وقضاء ان مسئولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود الخطأ ، مهما كان نوعه ، سواء كان خطأ =

نوع مسئولية الطبيب : المسئولية المدنية نوعان : تعـاقدية وهى التى تنشأ عن عدم الوفاء بالتزام مصدره العقد ، وتقصيرية وهى التى تترتب على كل اخلال بواجب قانونى لا يمت الى عقـد بصلة مباشرة ، وبين النوعين فروق كثيرة ، أهمها ما يتعلق بعبء الاثبـات ، فهو أخف كثيرا بالنسبة للمدعى بالمسئولية التعاقدية ، ثم ما يتعلق بالمدة المسقطة لدعوى التعويض ، فهى المدة الطويلة اذا كانت المسئولية تعاقدية ، والمدة المسقطة للدعوى العمومية اذا كانت المسئولية تقصيرية ناشئة عن فعـل معاقب عليه جنائيا (المادة ٢٨٢/٢٧٧/٦٣٧ تحقيق جنايات) ، ثم هناك فروق أخرى من حيث تقدير التعويض ، ومن حيث تضامن المسئولين ، ثم من حيث الاتفـاق على الاعفـاء من المسئولية كلهـا أو بعضها ، الخ (٦٠) .

والضرر الذى ينشأ عن خطأ الطبيب ، اما أن يصيب مريضا يتولى هو علاجه بناء على طلبه وبموجب اتفاق صريح أو ضمنى بينهما ، واما أن يلحق شخصا آخر ، كمـا اذا حرر الطبيب شـهادة تثبت اصـابة

= فنيا أم غير فنى ، جسيما او يسيرا ، فقانون العقوبات لا يوجد بين مواده نص يحيط الاطباء بسياج تشريعى خاص يضيق من نطاق مسئوليتهم الجنائية او يعدل من أحكامها .

ثم أكدت ذلك محكمة النقض فى حكم لهـا بتاريخ ٢١ ديسـمبر ١٩٧١ (مجموعة احكام النقض ٢٢ — ١٠٦٢ — ١٧٩) قالت فيه أن التزام الطبيب — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — ليس التزاما بتحقيق نتيجة هى شفاء المريض ، وانما هو التزام ببذل عناية ، الا أن العنـاية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق فى غير الظروف الاستثنائية مع الاصول المستقرة فى علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية. التى أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطئه العادى أيا كانت درجة جسامته .

وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٢٦ يونيه ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ — ١٠٧٥ — ١٦٦ .

(٦٠) راجع أندريه بران A. Brun فى مجالات وصلات المسـئولية العقدية والتقصيرية ، ومؤلفنا فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ١٩٧١ ص ١١ وما بعدها .

شخص — غير طالب الشهادة — بمرض عقلى ، ففى الحالة الأخيرة لا نزاع فى أن مسئولية الطبيب تقصيرية ، وفى الحالة الأولى حكمت المحاكم بذلك أيضا (٦١) ، وسايرها فيه أكثر الشراح الأولين (٦٢) ، وقد نحا هذا النحو حكم النقض المصرى سالف الذكر •

غير أنه متى ثبت أن العلاقة التى تقوم بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية ، وجب تعيين التزامات كل من الطرفين فيها ، واعتبار عدم الوفاء بأى منها خطأ تعاقديا ، تسرى عليه قواعد المسئولية التعاقدية •

واذا عرفنا أن المحاكم الفرنسية اعتبرت هذه العلاقة تعاقدية منذ نحو قرن ونصف قرن (٦٣) ، كان من الغريب ألا تجعل الطبيب مسئولا قبل المريض الا اذا وقعت منه جريمة أو شبه جريمة كما لو لم يكن بينهما ارتباط أو تعاقد على أجر يقابله تعهد بعمل شىء •

والواقع أن الاجماع يكاد يكون منعقدا على وجود تعاقد بين الطبيب والمريض ، وان اختلف الشراح فى تكييف هذا العقد وتعيين نوعه (٦٤) • وانما يرجع استمرار المحاكم الفرنسية حتى هذا العام

---

(٦١) انظر الاحكام الواردة فى دالوز العملى فى باب المسئولية المدنية نبذة ٥١٥ وما بعدها .

(٦٢) ديمولومب جـ ٣١ نبذة ٥٣٩ وما بعدها ، جيليوار فى عقد الايجار جـ ٢ نبذة ٦٩٦ ، اوبرى ورو الطبعة الخامسة جـ ٦ نبذة ٤٤٦ ص ٣٧٣ ، ومن هذا الراى فى مصر الاستاذ مصطفى مرعى فى كتابه فى شرح المسئولية المدنية ص ١٧ ، انظر عكس ذلك لوران جـ ٢٠ نبذة ٥١٦ ، هيك جـ ٨ نبذة ٤١٩ .

(٦٣) فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية باعتبار المريض ملزما بأتعاب الطبيب التزاما تعاقديا ، (عرائض) ٢١ اغسطس ١٨٣٩ سيرى ١٨٣٩ — ١ — ٦٦٣ ، انظر ايضا (مدنى) ٨ فبراير ١٩٣٢ دالوز الاسبوعى ١٩٣٢ — ٢٠٢ .

(٦٤) راجع فى هذا الشان تقرير النائب العام بول ماتير فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٤ .

على اعتبار مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية الى طبيعة ما يلتزم به الطبيب فى هذا العقد ، والى ما يترتب على ذلك من زوال الفرق فى عبء الاثبات بين نوعى المسئولية . ذلك أن المدين اما أن يتعهد بتحقيق غاية معينة obligation de résultat ، واما أن يقتصر تعهده على بذل سعى obligation de moyen قد يؤدى أو لا يؤدى الى تحقيق غاية معينة (٦٥) ، فالمقاول مثلا يلتزم بتحقيق غاية معينة ، وكذلك متعهد نقل الركاب يلتزم بتوصيلهم سالمين (حسب رأى القضاء الفرنسى) ، أما المحامى فالتزامه يكون ببذل سعى يقصد به الوصول الى كسب الدعوى ، وقد يصيب هذا السعى أو يخيب بلا مسئولية على المحامى . وكذلك التزام الطبيب هو من النوع الأخير ، فان أحدا لم يقل ان الطبيب يلتزم بشفاء المريض ، وانما المطلوب منه بذل قصارى جهده فى سبيل الشفاء ، ولا حرج عليه اذا بذل ما فى وسعه ولم يتحقق الشفاء على يديه (٦٦) .

ويترتب على هذه التفرقة بين التعهد بالغاية والتعهد بالسعى أن الغاية يعينها الطرفان فى العقد تعيينا دقيقا ، بينما السعى المتعهد به متروك أمره غالبا لاجتهاد المتعهد وذمته وأمانته وللقواعد العامة . فاذا احتاج الدائن الى اثبات عدم الوفاء فى الحالة الأولى سهل عليه اثبات عدم تحقق الغاية المتعهد بها ، واستفاد فى ذلك من قواعد المسئولية التعاقدية فى هذا الشأن ، أما اذا أراد اثبات التقصير على المتعهد بسعى وجب عليه اقامة الدليل على وجه التقصير فى هذا السعى ، ولا سبيل له الى ذلك الا بالرجوع الى القواعد العامة التى تبين حدود هذا السعى ومدى ما يحتاج اليه من جهد وتبصر واحتياط ، فيكون مركزه فى هذه

---

(٦٥) راجع فى شأن هذه التفرقة بين التعهد بغاية والتعهد بسعى ، ديموج ج ٥ نبذة ١٢٣٧ ، ومقال مارتون Marton بهذا العنوان فى المجلة الفصلية ١٩٣٥ ص٤٩٩ الى ص٥٤٣ . ومقال Claude Thomas بهذا العنوان ايضا فى المجلة الانتقادية ١٩٣٧ ص ٦٣٦ ، وهنرى مازو بحث فى تصنيف الالتزامات فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٦ ص ١ وما بعدها .

(٦٦) فى هذا المعنى مصر الابتدائية الوطنية (بهيئة استئنافية) ٧ فبراير ١٩٣٩ المحاماة ١٩ — ٩٧٠ — ٣٩٥ .

الحـــالة من حيث عبء الاثبـــات شبيها كل الشبه بحـــالة المســئولية التقصيرية (٦٧) •

وهذا ما حدا المحاكم فى فرنسا الى وصفها مسئولية الطبيب بأنهـــا تقصيرية ، مع تسليمها بقيام رابطة عقدية بين الطبيب والمريض ، اذ لم تر فـــائدة ــ من حيـــث عبء الاثبـــــات ــ من التفــــرقة بين نوعى المسئولية (٦٨)، وهو كذلك ما يفسر صدور حكم النقض المصرى سالف الذكر بهذا المعنى أيضا لأنه لم يتعرض الى المسألة الا من ناحية عبء الاثبات •

أمـــا من حيث التكييف القـــانونى الدقيق ، فقـــد رجع الشراح المعاصرون فى فرنسا منذ أكثر من ربع قرن الى المبادىء السليمة ، وقرروا بقطع النظر عن فائدة التفرقة بين نوعى المسئولية من الوجهة العملية : أن مسئولية الطبيب فى مثل هـــذه الأحوال مسئولية تعـــاقدية مصدرها الاتفاق بين الطبيب والمريض (٦٩) ، وتوقعوا أن المحاكم لابد عائدة الى هذا التكييف متى عرضت عليها المسألة فى صورة تكون فيها أهمية عملية التفرقة بين نوعى المسئولية •

وقد تم ما توقعوا ، فقد عرضت هذا العـــام على محـــكمة النقض

---

(٦٧) مازو نبذة ١٤٨ ، اندريه بران A. Brun ص ٢٦٩ •

(٦٨) راجع فى هذا المعنى مازو نبذة ١٤٨ ونبذة ٥٠٨ •

(٦٩) كولان وكابيتان الطبعة الثامنة جـ ٢ نبـــذة ٩٢٨ ، بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ نبذة ٥٢٤ ، جوسران الطبعة الثانية جـ ٢ نبذة ١٢٨٧ ، ديموج جـ ٥ نبذة ١٢٣٧ و جـ ٦ نبذة ١٨١ ، مازو نبذة ١٤٨ ونبذة ٥٠٨ ، لالو الطبعة الاولى نبذة ١٦٧ والطبعة الثانية نبذة ٤٢٢ ، ديران Durand فى اتفاقات الاعفاء من المسئولية ص ١٥٧ وما بعدها ، دينيس Denisse تعليق فى دالوز الدورى ١٩٢٠ ــ ١ ــ ٢٠ ، أندريه بران A. Brun نبذة ٢٤٥ ، جان مازن J. Mazen فى مسئولية الاطبـــاء المدنية سنة ١٩٣٤ ص ٣٢ وما بعدها ، فيك وجيريه Fick et Perret فى شرح قانون الالتزامات السويسرى ، المادة ٩٩ نبذة ٨ •

الفرنسية قضية مشابهة لما فصلت فيه محكمة النقض المصرية ، غير أن أهمية المسألة انحصرت من الوجهة القانونية فى تعيين المدة المسقطة لدعوى التعويض ، فوجب الفصل فى طبيعة مسئولية الطبيب ، لأنها ان كانت تقصيرية سقطت الدعوى بها بسقوط الدعوى العمومية المرتبطة بها (بمضى ثلاث سنوات فى الجنح) ، وذلك بناء على حكم المادة ٦٣٧/٢٧٧/٢٨٢ تحقيق جنايات (٧٠) ، أما ان كانت هذه المسئولية تعاقدية فمن المسلم به أن حكم هذه المادة لا يسرى عليها ولا تسقط دعوى التعويض الا بمضى المدة العادية التى تسقط بها جميع الدعاوى (٣٠ سنة فى القانون الفرنسى و ١٥ سنة فى القانون المصرى) ، وكانت مصلحة طرفى الخصومة فى هذه القضية متوقفة على ذلك ، لأن دعوى التعويض لم تكن رفعت الا بعد مضى ثلاث سنوات من حصول العلاج بالأشعة الذى نشأ عنه الضرر ، وهى المدة الكافية لسقوط الدعوى العمومية عن هذه الاصابة وسقوط دعوى المسئولية التقصيرية تبعا لها .

فاضطرت المحكمة الى تكييف مسئولية الطبيب من الوجهة القانونية البحتة ، وعلى ضوء اعتبارات جديدة غير الاعتبار القديم الخاص بعبء الاثبات ، وأعارت هذه المسألة عناية خاصة ، وأخيرا بعد اطلاعها على مذكرة النائب العام بول ماتير وعلى رأى مقررها الأستاذ ليون جوسران وبعد المداولة فى غرفة المشورة أصدرت حكمها فى ٢٠ مايو ١٩٣٦ باعتبار مسئولية الطبيب مسئولية تعاقدية لا تسقط بسقوط الدعوى العمومية (٧١) ، وقد ورد فى أسباب هذا الحكم : « ان الطبيب يرتبط

---

(٧٠) نقض مدنى اول مايو ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ — ٧٧٢ — ٢٥٥ وقد جاء فيه ان الدعوى المدنية بالتضمينات الناشئة عن جناية او جنحة او مخالفة والتى لا يجوز اقامتها امام المحاكم الجنائية بعد سقوط الدعوى العمومية هى التى ترفع أمام المحاكم الجنائية بالذات لا امام محاكم المواد المدنية .

(٧١) نقض فرنسى مدنى ٢٠ مايو ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٦ ومعه مذكرة النائب العام P. Matter وتقرير المستشار جوسران وتعليق بتوقيع E.P. ، المجلة العامة للتأمينات البرية ١٩٣٦ ص ٨٠٤ وما بعدها ، وانظر بحثا فى مسئولية الطبيب بعد حكم النقض المذكور بامضاء C. Falque فى المجلة الانتقادية ١٩٣٧ ص ٦٠٩ وما بعدها ، وانظر ايضا =

مع المريض الذى يعالجه بعقد حقيقى يلتزم بموجبه لا بشفائه ... بل بمعالجته بذمة وانتباه مع مراعاة المبادىء المقررة فى علم الطب ... ، وان مجرد عدم الوفاء بهـذا التعهد — ولو لم يكن متعمـدا — يستتبع مسئولية تعـاقدية ، ولأن دعوى التعويض المبنية على هـذا النوع من المسئولية تختلف فى أساسها عن الفعل المكون للجريمة — لأنهـا ناشئة عن الاتفاق السابق على ارتكاب هـذا الفعل — لا يسرى عليهـا حكم المادة ٦٣٨ تحقيق جنايات ولا تسقط بمضى ثلاث سنوات » (٧١ مكرر) .

ولا شك عندى فى أنه لو كان فى القضية التى فصلت فيهـا محكمة النقض المصرية أهمية محسوسة للتفرقة بين نوعى المسئولية ، كما هى الحال فى هذه القضية الأخيرة ، لما ترددت المحكمة فى اعتبار مسـئولية الطبيب مسئولية تعاقدية ، كما هو وضعها الصحيح ، وهى لابد واصلة الى ذلك فى المستقبل متى اضطرتها الوقائع الى البحث عن هـذا الوضع

= نقض فرنسى (عرائض) ١٥ يونيه ١٩٣٧ واول يوليه ١٩٣٧ سيرى ١٩٣٨ — ١ — ٥ ، ونقض فرنسى (مدنى) ١٨ يناير ١٩٣٨ غازيت القضاء ١٩٣٨ — ١ — ٣١٤ .

(٧١ مكرر) وفيما يلى نص اسباب الحكم :

«Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que parait l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises par la science ; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle ; que l'action civile, qui réalise une telle responsabilité, ayant ainsi une source distincte du fait constitutif d'une infraction à la loi pénale et puisant son origine dans la convention préexistante échappe, à la prescription triennale de l'art. 638 C. instr. crim».

الصحيح . والى أن يتم ذلك ينبغى ألا نبالغ فى أهمية هذا الوصف الذى وصفت به محكمتنا العليا مسئولية الطبيب . وألا نرتب عليه أى أثر ، اذ يغلب أنها حذت فيه حذو المحاكم الفرنسية عندما كانت تعامل مسئولية الطبيب من حيث عبء الاثبات معاملة المسئولية التقصيرية ، دون أن تقصد بذلك اخراجها من دائرة المسئولية التعاقدية فيما يتعلق بالفوارق الأخرى غير عبء الاثبات (*) .

(*) ورجعت محكمة النقض فى حكم لها بتاريخ ٢٦ يونيه ١٩٦٩ فكيفت مسئولية الطبيب الذى اختاره المريض او نائبه لعلاجه بأنها مسئولية عقدية وقررت ان التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وانما هو التزام ببذل عناية الا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق — فى غير الظروف الاستثنائية — مع الاصول المستقرة فى علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى احاطت بالطبيب المسئول (مجموعة احكام النقض ٢٠ — ١٠٧٥ — ١٦٦) .

انظر بحثنا فى ضبط معيار الخطأ المنشور فيما تقدم ص ٣ وما بعدها .

وانظر فى نقدنا لمعيار الظروف الخارجية المشار اليها فى حكم النقض سالف الذكر محاضرتنا فى حلب ودمشق فى ضبط معيار الخطأ المنشورة فيما تقدم فى ص ٣٠ وما بعدها ، ومؤلفنا فى المسئولية المدنيـــة فى تقنينات الدول العربية سنة ١٩٧١ ص ٢٢٠ نبذة ٨٥ حيث رأينا استبدال معيار الظروف الظاهرة بمعيار الظروف الخارجية وقد اخذت بهذا المعيار صراحة المحكمة الادارية العليا بتاريخ ٢ مارس ١٩٥٧ مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا ٢ — ٥٩١ — ٦٦ . قرب أيضا (نقض مدنى ١٣ مايو ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ — ٧٧٩ — ١٢٣ وأيضا ٢٦ يونيه ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ — ١٠٧٥ — ١٦٦) .

وانظر فى مدى مسئولية الطبيب مؤلفنا المشار اليه آنفا نبذة ١٤٩ الى ١٥١ ص ٣٦٧ الى ص ٣٩١ ويضاف الى ذلك حكم جنح الازبكية ٢٦ يونيه ١٩٦٩ الجنحة رقم ١٠٥٤ سنة ١٩٦٧ وقد جاء فيه أنه من المتفق عليـــه فى الآونة الاخيرة فقها وقضاء ان مسئولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود الخطأ مهما كان نوعه سواء كان خطأ فنيا أو غير فنى ، جسيما او يسيرا . فقانون العقوبات لا يوجد بين مواده ما يحيط الاطباء بسياج تشريعى خاص يضيق من نطاق مسئوليتهم الجنائية أو يعدل من احكامها ، وذلك أن فكرة التفرقة بين الخطأ المادى والخطأ الفنى ، وبين الخطأ الفنى اليسير والخطأ الفنى الجسيم — وهى اصلا من صنع فقهاء القانون المدنى — قد وجدت صداها لدى علماء القانون الجنائى حينا من الدهر فاسترشدوا بهـا فى تأصيل مبدأ الخطأ فى المسئولية واستفادوا منها فكرة التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير ، مع أن القضاء كان قد نبذ فى ذلك الوقت التفرقة بين الخطأ فى المسائل المدنية والخطأ فى المسائل الجنائية اخذا بمبدأ وحدة الخطأ =

المسألة الثــانية

سلطة استخلاص المسئولية من الوقائع

بنى الدكتور ألفريد مقار طعنه فى حكم الاستئناف على عدة أسباب ، منها أن الحــكم لم يشتمل على الأركان القــانونية التى تقوم عليهــا المسئولية المدنية بسبب الأفعال طبقا للمادة ١٥١ مدنى التى رأت المحكمة انطباقها ، وأنه خالف قواعد الاثبات القانونية اذ رفع عن المدعى واجب اثبات دعواه بجميع أركانها وكلف الطاعن اثبات أن الاصابة ترجع لسبب من الأسباب التى جوز الخبراء حصولها منها ، وأنه اضطرب فى تعيين نوع التقصير الذى أسنده الى الطاعن ، فتارة يصفه بأنه جسيم وتارة بأنه يسير من باب التسليم الجدلى ، وأنه اكتفى بمجرد احتمال قيــام علاقة السببية بين العلاج بالأشعة والحرق الذى ظهر فى عنق المصاب ، الخ .

= بينهما (راجع نقض ١٤ مارس ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ — ٧٦١ — ٢٩٤) ثم كان لقضائنا حظ السبق فى هجر فكرة التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير أو الهين — سابقا القضاء الفرنسى بعشر سنين فى ذلك المضمار حينما قضت محكمة استئناف القاهرة بأن مسئولية الطبيب تخضع للقواعــد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه وأن الطبيب لا يتمتع بأى استثناء (استئناف مصر ٢٠ يناير ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ — ٢٦ — ٩٣) . وبهذا المعنى جرى قضاء محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٤٣/١٢/٣٠ المحاماة ٢٤ — ٧٨ — ٣٥ ، ثم اقتفى القضاء الفرنسى ذات الاثر حينما رددت محكمة جرينوبل ذات المبدأ فقالت بانه لا يلزم أن يكون الخطأ جسيما اذ لا يوجد بين نصوص القانون ما يعفى الطبيب من المسئولية عن الخطأ اليسير (١٤ نوفمبر ١٩٤٦ داللوز الاسبوعى ١٩٤٧ ص ١) .

وقد جرت بعد ذلك أحكام القضــاء على وجوب مســاءلة الطبيب عن خطئه اليسير عاديا كان أم فنيا ، ذلك أنه اذا خالف الطبيب مبادىء الحيطة أو حسن التقدير العامة التى يجب عليه مراعاتها لدى ممارسته عمله . فانه يخضع فيما يتعلق بهذا الامر لاحكام القانون ، مثله فى ذلك مثل اى شخص آخر من المواطنين ، اذ الجهل بأصول الفن خطأ ينسب الى كل من يمــارس فنا من الفنون ولا يوجد فى القانون ما يبرر تمتعهم باستثناء خاص .

انظر أيضا (نقض مدنى ١٩٧١/١٢/٢١ فى الطعن رقم ٤٦٤ ســنة ٣٦ ق مجموعة أحكام النقض ٢٢ — ١٠٦٢ — ١٧٩) .

وقد ردت محكمة النقض هـذه الأسباب جملة واحـدة ، فقالت «وبما أن ما جاء فى هـذين الوجهين وما استخلصه الطاعن منهمـا ومن فروعهمـا ، كله يتعـلق بأمور موضوعية بحتـة وبدفوع موضـوعية أيضا (٧٢)، لم يسبق تقديمهـا لمحكمة الاستئناف ، وذلك جميعه ممـا لا يصح عرضه على محكمة النقض والابرام ، وبخاصة لأن القضـية قائمة على تقدير محكمة الموضوع لمسئولية طبيب أضر بمريض عالجه ، وهى مسئولية تقصيرية بعيدة كل البعد عن المسئولية التعاقدية ، وقاضى الموضوع يستخلصها من جميع عنـاصر الدعوى من غير رقابة عليه فى ذلك ؛ ويتعين اذن رفض هذا الطعن » .

والمهم فى ذلك أن محكمة النقض جعلت سلطة استخلاص المسئولية التقصيرية وأركانها من عناصر الدعوى لقاضى الموضوع وحده من غير رقابة عليه فى ذلك ، فكأنها اعتبرت توافر المسئولية ، ووصف الفعـل بأنه خطأ ، وقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، اعتبرت كل ذلك من المسائل الموضوعية لا من المسائل القانونية ، مع ما فى ذلك من مخالفة للمبادىء المقررة بأحكام سابقة . وربما كان سبب ذلك أنها تأثرت برأى قديم كان يعتبر تقدير وقوع الخطأ وعدمه مسألة موضوعية ، ولكن محكمة النقض الفرنسية أخذت منذ نحو عشرين عاما تمـد سلطانها وتفـرض رقابتها على تقدير الوقائع التى يثبتها قاضى الموضوع حتى تتحقق من صحة استنباط الخطأ من هذه الوقائع ، فحتمت على محكمة الموضوع أن تبين العناية التى كان يجب على المتسبب فى الضرر بذلها فأهملها ، وذلك حتى تتمكن محكمة النقض من الرقابة على صـحة الاستنباط ، وكذلك جرت أيضا على الغاء جميع الأحكام التى لم تبين توافر رابطة السببية ، وجعلت لنفسها حق الرقابة على تقدير تلك الرابطة (٧٣) .

---

(٧٢) ويلاحظ ان الطاعن كان قـد دفع ايضـا بوجوب تطبيق احكام المسئولية التعاقدية بدلا من المسئولية التقصيرية .

(٧٣) راجع كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنيـة ص ١٤ وهامش ٣ من ص ١٥ من الطبعة العربية ، و ص ٨ وهامش ٥ من ص ٩ من الطبعـة

وقد سبق لمحكمة النقض المصرية نفسها أن أخذت بهذا الرأى الحديث وقررته باستمرار فى كثير من أحكامها ، اذ نصت صراحة على « أن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب لتقديره ، أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشىء ارتباط المسبب بالسبب والمعلول بالعلة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض » (٧٤) ، وكذلك سبق لها أن اعتبرت وصف الخطأ بأنه تعاقدى

الفرنسية ، وانظر ايضا نقض فرنسى (مدنى) ٩ يوليه ١٩٣٥ سيرى ١٩٣٦ — ١ — ٢٩ .

يضاف نقض مدنى ٣ يونيو ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ١٧٠ — ٦١ ونقض ١٦ ديسمبر ١٩٣٧ المحاماة ١٨ — ٥٩٩ — ٢٩٨ ، نقض مدنى ٣ يونيه ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٤٩٧ — ٢٠٨ .

ويضاف ايضا نقض مدنى ١٢ يونيه ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ٨٦٤ — ١٥٧ و ٩ مايو ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ٨٤٠ — ١٣٧ وايضا ٢٩ يونيه ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض ٢٧ — ١٤٥٤ — ٢٧٦ و ٢٨ مارس ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٤٣٨ سنة ٤٣ ق مجموعة أحكام النقض ٢٨ — ٨١٢ — ١٤٤ .

ويضاف نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٥٦١ سنة ١٩٤٩ ق وقد جاء فيه أن تكييف الفعل بأنه خطأ من عدمه يخضع لرقابة محكمة النقض ولكن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية من سلطة محكمة الموضوع مادام استخلاصا سائغا ، وايضا نقض مدنى أول يناير ١٩٨١ فى الطعنين رقمى ٢٥ و ٢٨ سنة ٥٠ ق وقد جاء فيه أنه لما كان لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع فى وصفها للفعل أو الترك بانه خطأ مما يستوجب المسئولية المدنية او غير خطأ وكان ما وصفه الحكم المطعون فيه بانه خطأ تقصيرى من الطاعنة وهو مجرد استلامها عين النزاع سنة ١٩٧٥ من المؤسسة العامة للادوية لا يصدق عليه وصف الخطأ بمعناه القانونى فان الحكم اذ قضى بمسئولية الطاعنة مسئولية تقصيرية وعلى هذا الاساس الزمها بالتعويض للمطعون عليه الاول متضامنة مع الطاعنة فى الطعن رقم ٢٨ سنة ٥٠ ق يكون فضلا عن قصوره مخطئا فى تطبيق القانون مما يستوجب نقضه .

(٧٤) نقض مصرى (مدنى) ١١ يناير ١٩٣٤ مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة ملحق العدد الثالث ص ٥٣ المحاماة ١٤ — ١ — ٢١٩ — ١٢٢ ، وأنظر ايضا نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٣٠ المحاماة ١١ — ٨١٢ — ٤١٧ ، نقض (مدنى) ٩ أبريل ١٩٣٦ مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ملحق =

أو تقصيرى من المسائل القانونية الخاضعة لرقابتها (٧٤ مكرر) .

فكان جديرا بمحكمة النقض أن تثبت على هذه المبادىء التى سبق أن قررتها ، ولا سيما أنها تؤدى الى توسيع سلطتها لا الى تضييقها كما فعل الحكم الأخير الذى نحن بصدده (*) .

المسألة الثـالثة

مسئولية ادارة المستشفى عن خطأ الطبيب

كانت محكمة الاستئناف قـد أثبتت قيـام نوع من الشركة بين الدكتور ألفريد مقار وادارة المستشفى القبطى ، حيث ظهر لها أن آلات وعـدد قسم الأشعة كان يملكهـا المستشفى ، وأن الدكتور مقـار كان يستعملها ويستخدم موظفى المستشفى ، وأن ايراد المعالجة بالأشعة كان يقسم مناصفة بين الطرفين ، فحكمت بنـاء على ذلك باعتبـار الطرفين

= العددين السادس والسابع ص ١٧٦ ، نقض (مدنى) ٢١ مايو ١٩٣٦ المرجع السابق ص ٢٢٢ .

يضاف نقض مدنى ١٦ ديسمبر ١٩٣٧ المحاماة ١٨ — ٥٩٩ — ٢٩٨ . و ٣ فبراير ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٢٤٥ — ٨٧ .

(*) يضاف أيضا فيما يتعلق باعتبار رابطة السببية من مسائل الواقع التى تدخل فى سلطة محـكمة الموضوع (نقض مدنى مصرى ١١ مـارس ١٩٤٨ التشريع والقضاء ١ — ١٦٠ — ١٨ المحاماة ٢٩ — ٣٥٢ — ١٩١ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٥٦٥ — ٢٨٧) وكذلك ٢٧ ابريل ١٩٦١ مجمـوعة أحكام النقض ١٢ — ٤٠٤ — ٥٧ ، ٢٠ مايو ١٩٦٥ مجمـوعة أحكام النقض ١٦ — ٦١٤ — ٩٩ ، ٣٠ يونيه ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ — ٨٧٠ — ١٣٧ ، نقض جنائى ١٤ يونيه ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض الجنائى ١٧ — ٨٠٦ — ١٥٢ ، ونقض مدنى ٨ نوفمبر ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٦٢٩ — ٢٣٠ ، وأيضا ٣٠ يناير ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ — ١١ — ٣ ، ٢١ ديسمبر ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ — ١٠٦٢ — ١٧٩ ، ٣١ ديسمبر ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ١٥١٥ — ٢٥٧ ، ٢٩ يناير ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٤٧٤ سنة ٤٦ ق مجمـوعة أحـكام النقض ٣١ — ٣٥٦ — ٧١ .

« شريكين فى المسئولية المدنية وفى تعويض الضرر الذى أصاب المستأنف » .

فطعنت ادارة المستشفى فى هذا الحكم بأنه أخطأ حين قرر مسئوليتها على اعتبار الطبيب شريكا لها بمقتضى عقد الاتفاق المؤرخ فى ٣٠ سبتمبر ١٩٢٦ مع أن هذا العقد لا يفيد سوى استئجار المستشفى للطبيب واستئجار الطبيب لقسم الأشعة ، وقالت ان هذا النظر يكون من جهة مخالفا لعقد الاتفاق المتقدم ذكره ، ويكون من جهة أخرى مخالفا للقانون ، اذ أن المادة ١٥١ فقرة ثانية من القانون المدنى لا تجعل مثل المستشفى مسئولا عن تقصير الأطباء الموظفين فيه .

فردت محكمة النقض على هذا الوجه من الطعن بقولها :

« وبما أن هذا الذى استخلصته محكمة الاستئناف ، سواء أصحت تسميته شركة بين الدكتور مقار وبين المستشفى القبطى قوامها أن يقدم الدكتور خدمته الفنية للمرضى الذين يفدون على المستشفى مستعينا بالخدم والآلات التى فيه ، ويقوم المستشفى بدفع نسبة من الدخل الذى يحصله عن تلك الخدمة كما هو منحى الحكم ، أم صحت تسميته توظيفا للطبيب أو استئجارا منه لأدوات المستشفى وخدمته كما هو منحى تقرير الطاعن ، سواء أصحت هذه التسمية أم تلك ، فان الظروف التى جمعها الحكم فى الفقرة المقتبسة ، وفيما سرده من وقائع الدعوى الحالية بخصوصها ، تدل على وجود علاقة تبعية بين الطبيب وبين المستشفى أقل ما فيها أنها علاقة فيها رضى ذو الفن أن يكون تابعا أدبيا لادارة المستشفى ، وتلك علاقة مقطوع قانونا بأنها تحمل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب » .

والرأى عندى أنه لا غبار على حكم الاستئناف من حيث الزامه الطرفين بالتضامن باعتبارهما شريكين ، اذا صح تكييف العلاقة بينهما على أنها شركة . ولا شك فى أن هذا التقدير خاضع لرقابة محكمة

النقض . فلو أن هذه المحكمة اقتنعت بصحته لما احتاجت الى مسايرة الطاعن فى اعتبار هذه العلاقة توظيفا للطبيب ، ولا الى القول بأنها تجعل الطبيب تابعا أدبيا لادارة المستشفى ، بل الواقع أن محكمة النقض لم تقر التكييف القانونى الذى كيفت به محكمة الاستئناف هذه العلاقة . فأعطتها وضعا جديدا ، واعتبرتها علاقة تبعية بين الطبيب وبين المستشفى كعلاقة التابع بالسيد ، ونحن هنا نتعرض للحكم من هذه الناحية وحدها (٧٥) .

من المسلم به أنه يشترط لاعتبار الشخص تابعا لغيره أن يكون المتبوع قد عينه فى عمل له وأن يكون له عليه حق الرقابة والتوجيه .

وتنشأ علاقة التبعية بصفة عامة عن عقد ايجار الأشخاص ، ولكن العبرة فى قيامها ليست بطبيعة العقد الذى يربط الطرفين ، وانما المعول عليه حالة خضوع التابع لرقابة سيده وأوامره (٧٦) . وقد ميزت المحاكم بين نوعين من الرقابة يختلف كل منهما من حيث كفايته فى انشاء علاقة التبعية . فالنوع الأول رقابة عامة ، الغرض منها التحقق من مراعاة المتعهد لشروط العمل المتفق عليها ، والنوع الثانى يقتضى التدخل فى وسائل تنفيذ العمل وفى طريقة ادارته ، وتعتبر الرقابة التى من النوع الثانى فقط منشئة لعلاقة التبعية ، لا الرقابة التى من النوع الأول (٧٧) . وبناء على ذلك حكم بأن شركة السكك الحديدية لا تسأل عن الحوادث التى تقع فى أثناء قيام متعهدها بالعمل الذى تعهد لها به ، متى ثبت أن

---

(٧٥) راجع فى هذا الشأن كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٣٩٦ وما بعدها من الطبعة العربية ، و ص ٤١٥ وما بعدها من الطبعة الفرنسية ، ورسالة الدكتور محمد حلمى بهجت بدوى فى مسئولية السيد (باللغة الفرنسية) ص ٦٧ وما بعدها .

(٧٦) نقض فرنسى (جنائى) ٦ اغسطس ١٩٣٥ غازيت القضاء ١٩٣٥ — ٢ — ٦٦٣ .

(٧٧) انظر فى هذا المعنى رسالة الدكتور محمد حلمى بهجت بدوى فى مسئولية السيد ص ٩٣ وما بعدها .

الرقابة التى كانت للشركة على هــذا العمل لم يكن الغرض منهــا سوى التحقق من حسن تنفيذ الشروط المقررة للعمل ، وأنها لم تكن تقتضى أى تدخل فى اصدار التعليمات للعمال ، ولا فيمــا للمقاول من سلطة ادارة العمل (٧٨) ، كما أنه حكم أيضا بأن عقــد المقاولة يجعل المقاول تابعــا لشركة السكك الحديدية مادام قد نص فيه على التزام المقــاول باتباع جميع الأوامر والتعليمات التى يصدرها اليه كبير مهندسى الشركة أو قلم هندستها فيما يتعلق بطريقة تنفيذ المقاولة (٧٩) .

يتضح من ذلك أن من كان له فى عمله استقلال يخرجه عن سلطة غيره لا يعتبر تابعا لذلك الغير (٨٠) ، وقد حكمت بذلك المحاكم المصرية اذ قررت أن المقاول رجل مستقل فى عمله عن صاحب العمل ، وله كــل الحرية الفنية فى أن يتخذ وحده ما يراه لامكان الوصول بالمقــاولة الى النهاية المشترطة عليه فى العقد ، ومن ثم لا تكون علاقته بصاحب العمل علاقة تابع بسيد ، ولا يكون صاحب العمل مسئولا مع المقاول عما يرتكبه هذا الأخير من الخطأ الفنى فى عمله بل المقاول هو المسئول وحده (٨١) .

ومتى كان للسيد حق الرقابة على أعمال تابعه ، فلا عبرة بعد ذلك باستعماله حقه فى هذه الرقابة واصدار الأوامر كثيرا أو قليلا ، ولا بعدم استعماله اياه مطلقا ، لأنه فى كلتا الحالين يكون مسئولا عن أعمال تابعه ، وانما يشترط فقط أن يكون السيد قادرا على مباشرة هذا الحق ، فان لم

---

(٧٨) نيم Nimes ٢٣ ينــاير ١٩٢٤ دالوز الاســبوعى ١٩٢٤ — ٢٢٣ .

(٧٩) نقض فرنسى (عرائض) ١٠ نوفمبر ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٩ — ١ — ١٢٣ .

(٨٠) راجع مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية ص ١٩٠ نبذة ٢٠١ .

(٨١) محكمة مصر الابتدائية ٢٠ ديسمبر ١٩٢٦ المحاماة ٧ — ٥٨٤ — ٣٨٩ ، استئناف ٢٠ ديســمبر ١٩٢٦ المجمــوعة ٢٨ رقم ١١٩ ، الموسكى الجزئية ٢٦ فبراير ١٩٣١ مجموعة ناصر رقم ٥٤٦٢ ، استئناف مختلط ٢٤ يونيه ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٥٩) ، ٢٢ نوفمبر ١٩١٦ (٢٨ ص ٧٤) .

يكن ذلك فى مقدوره بسبب ما للخدمات المنوطة بالتابع من صبغة فنية مثلا ، تحذر القول بأن للسيد فعلا حق الرقابة على عمل التابع الفنى وعلى وسائل تنفيذه ، وانعدمت بينهما علاقة التبعية فيما يتعلق بتنفيذ العمل الفنى (٨٢) • وقد طبق الأستاذ والتون ذلك على حالة الطبيب ، فقرر صراحة أنه لا يوجد بين ادارة المستشفى والطبيب ذلك النوع من العلاقة الذى يجعل الانسان تابعا لغيره ، لأن ادارة المستشفى لا سبيل لها الى رقابة طريقة قيام الطبيب بواجباته ، فيجب ألا تسأل عن اهماله أو عن عدم مهارته فى اجراء عملية جراحية مثلا (٨٣) • وحكمت المحاكم المصرية بأن ادارة المستشفى لا تسأل عن أخطاء الطبيب الا اذا كان غير حائز للمؤهلات الفنية ، وأن الطبيب لا يعتبر على العموم تابعا للجهة التى يعمل فيها الا اذا كان مدير تلك الجهة طبيبا مثله حتى يمكنه رقابة عمله (٨٤) • غير أنه فيما لا يتصل بصميم عمله الفنى يصح أن يبقى الطبيب خاضعا لرقابة من استخدمه ، فيعتبر تابعا له فيما يتعلق بأداء الواجبات العامة التى تفرضها عليه وظيفته (٨٥) •

فاذا نظرنا الى علاقة الدكتور مقار بالمستشفى القبطى كما استخلصتها محكمة الموضوع ، وجدنا الدكتور مستقلا فى عمله وخارجا

---

(٨٢) نقض فرنسى (جنائى) ٢٨ يونيه ١٩٣٤ سيرى ١٩٣٤ — ١ — ٣١٦ •

(٨٣) والتون مذكراته فى المسئولية المدنية ص ٨٥ ، وفى هذا المعنى ايضا بودرى لاكانتيزى وبارد ج ٤ نبذة ٢٩١٢ •

(٨٤) مصر الاهلية ٤ فبراير ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ١٨٩ — ٨٤ ، استئناف مختلط ١٥ فبراير ١٩١١ (٢٣ ص ١٨٣) • وقد حكمت بعكس ذلك محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ مارس ١٩٢٢ (٣٤ ص ٢٤٠) حيث اعتبرت مالك الصيدلية غير الفنى مسئولا عن الخطأ الفنى الذى وقع من مستخدمه الصيدلى ، ولكنها لم تستطع أن تبنى حكمها على ما للمالك من حق الرقابة على عمل الصيدلى ، بل التجأت فى ذلك الى فكرة الغرم بالغنم ، وهى فكرة نراها بعيدة كل البعد عن أن تكون أساسا لمسئولية السيد ولا سيما فى القانون المصرى •

(٨٥) استئناف ديجون ١٨ مارس ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ — ٢ — ١٣٤ سيرى ١٩٠٦ — ٢ — ١٧ ، استئناف بو Pau ٣٠ يونيه ١٩١٣ دالوز ١٩١٥ — ٢ — ٤٩ ، وفى هذا المعنى ايضا والتون ص ٧٦ •

عن سلطة ادارة المستشفى ، ثم اذا سلمنا جـدلا باعتبـاره موظفا فى المستشفى ، فان الخطأ الذى نسب اليه خطأ فنى بحت ، وهو تجاوزه عدد جلسات العلاج بالأشعة التى كان يجب أن يقف عندها • وبمـا أن الجمعية الخيرية التى تدير المستشفى انما تقوم بعمل انسانى وليست لها صبغة فنية ، فليس فى مقـدورها أن تراقب عمل الطبيب الفنى وأن تتدخل فيه وتصـدر اليه الأوامر والتعليمات فى طريقة تنفيـذه — لو فرضنا أن العقد الذى بينهـا وبينه يخولها هـذا الحق ، فلا محل اذن لجعلها مسئولة عن خطأ الطبيب فى عمله الفنى (٨٦) •

أما تقرير حـكم النقض هـذه المسئولية بنـاء على « أن ظروف الدعوى تدل على وجود علاقة تبعية بين الطبيب وبين المستشفى أقل ما فيهـا انها علاقة فيهـا رضى ذو الفن أن يكون تابعـا أدبيـا لادارة المستشفى » فلا يتفق مع المبادىء المسلم بها ، لأن الحكم جعل أساس علاقة التبعيه رضا ذى الفن بأن يكون تابعا أدبيا لادارة المستشفى ، مع أن هذا الرضا من جهة التابع — لو صح — (٨٧) لا يكفى لجعل المتبوع مسئولا ، وانما العبرة بقبول السيد لهذه التبعية وبثبوت حق الرقـابة التنفيذية له وبمقدرته على مباشرة هذا الحق من الوجهة الفنية •

وكأنى بمحكمة النقض ، وقد شعرت بعدم توافر هذه الشروط فى ادارة المستشفى ، نظرت الى المسألة من ناحية الطبيب ، واكتفت باثبات رضاه بأن يكون تابعا أدبيا لادارة المستشفى ، مع أن علاقة التبعية التى تترتب عليها المسئولية انما هى التى تجعل التابع خاضعا لأوامر سيده ، بحيث ينفـذ هـذه الأوامر بغير أن يكون له فى تكييفهـا أى نصيب من

---

(٨٦) انظر فى هـذا المعنى دوييه ١٦ مـايو ١٩٣٦ دالوز الاسبوعى ١٩٤٦ — ٤٣٥ •

(٨٧) قضت محكمة جنح بيتيم Béthume فى ٧ فبراير ١٩٣٦ بأن تنازل الطبيب عن استقلاله الفنى غير صحيح قانونا (دالوز الاسبوعى ١٩٣٦ — ٤٣٦) •

التفكير الشخصى ، بل ان شخصيته تمحى فى شـــخصية سيده « بحيث يجعل عينه وذراعه فى خدمة عقل سيده وارادته » (٨٨) ، ولذلك سمى هـذا النوع من التبعية تبعيـــة مادية dépendance physique للدلالة على وجوب التشدد فى تقصى هذه العلاقة الى أبعد حدود التشدد، وهذا ما أخذت به المحاكم فى فرنسا (٨٩) .

وقد انتقـــد الأستاذ ســـافاتييه ذلك ورأى الاكتفـــاء بالتبعيـــة الاقتصـــادية dépendance économique بدلا من التبعية المـــادية ، ويقصد بها التعويل على مركز التابع الاجتماعى من حيث انه مضـــطر لكسب عيشه من عمله اضطرارا يجعله تابعا اقتصاديا لرب العمل (٩٠) . غير أن فكرة هذه التبعية الاقتصادية تتصل بمبدأ المسئولية الشيئية عن المخـــاطر المستحدثة التى يعتبر الأســـتاذ سافاتييه من أشد أنصـــارها تحمسا ، وهذا وحده كان سببا كافيا لرفض المحاكم الأخذ بها (٩١) . وفوق ذلك قد بين الدكتور محمـــد حلمى بهجت بدوى ان هـــذه الفكرة ليست صحيحة فى ذاتها ، وانهـــا تتعارض مع المبـــادىء المقـــررة ، اذ التسليم بها يتنـــافى مثلا مع حق الســـيد فى الرجوع على تابعه بمبلغ التعويض (٩٢) .

ولا نظن أن محكمة النقض المصرية قد قصدت التعويل على هذا النوع من التبعية ، أى التبعية الاقتصادية ، لأن الطبيب فى مركز يجعله بأى حال بعيدا عن الاضطرار للعمل بالمستشفى ، أما وصفها التبعيـــة

---

(٨٨) بارتان فى شرح اوبرى ورو جـ ٦ ص ٣٨٢ هامش ١٥ ثالث .
(٨٩) راجع رسالة الدكتور محمـــد حلمى بهجت بدوى ص ٧٩ ومـــا بعدها .
(٩٠) انظر تعليق الاستاذ سافاتييه فى دالوز ١٩٢٤ — ٢ — ٧٣ .
(٩١) استئناف ديجون اول مارس ١٩٢٦ دالوز الاسبوعى ١٩٢٦ — ٣٣٩ ، ٢٦ مايو ١٩٢٦ غازيت القضاء ١٩٢٦ — ٢ — ٣٢٦ . وانظر الاحكام الاخرى التى ذكرها الدكتور محمـــد حلمى بهجت بدوى فى رسالته ص ٨١ وما بعدها .
(٩٢) المرجع السابق ص ٨٣ وما بعدها .

التى تترتب عليها المسئولية بأنها أدبية فلا يمكن الأخذ به على اطلاقه ، لأن ذلك قد يؤدى الى توسيع دائرة التبعية وتراخيها الى أقصى حـــدود التراخى ، فيصبح مثلا رئيس كل جمعية أو حزب سياسى مسئولا بصفته عذه عن أعمال أعضاء الجمعية أو أنصـــار الحزب لأنهم كلهم يعتبرون تابعين له أدبيا ، ومن المؤكد أن محكمة النقض لم تقصد هذه النتيجة ، ويؤيد ذلك أنها وصفت هذه التبعية الأدبية بأنها « علاقة مقطوع قانونا بأنها تحمل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب » ، وهذا الاجماع الذى تشير اليه محكمة النقض لم يثبت الا للتبعية المادية (٩٣) dépendance physique وبالنسبة فقط لتقصير الطبيب فى واجباته العـــامة التى تفرضها عليه وظيفته ، ولم ينصرف قط الى تبعية الطبيب بالنسبة لعمله الفنى ، ولا الى تلك التبعية التى قالت عنها المحكمة انها مجرد تبعيـــة أدبية .

---

(٩٣) وقد اوضحت محكمة جنح الازبكية هذه التبعية المادية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٦ الواردة أسبابه فيما يلى فى ص ٣٣٧ .

مسئولية الطبيب الاخصائى (*)

مسئولية الطبيب الاخصائى وكيفية تقدير خطئه : الطبيب خاضع من حيث مسئوليته للقواعد العـامة ، فيسأل عن كل خطأ ثابت فى حقه على وجه التحقيق (١) ، سواء أكان ذلك الخطأ عاديا أم فنيا ، وسواء أكان يسيرا أم جسيما (راجع تعليقاتنا على الأحكام فى مسئولية الطبيب ومسئولية ادارة المستشفى ، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ — ١ ص ١٦١ وما بعدها) ، وقد حكمت بذلك محكمة استئناف مصر فى ٢ يناير سنة (المحاماة ١٦ — ٧١٣ — ٣٢٤) ، ثم أضافت اليه أنه بالنسبة للأطباء الاخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ولو كان يسيرا خصوصا اذا ساءت حـالة المريض بسبب معالجتهم ، لأن واجبهم الدقة فى التشخيص والاعتناء وعدم الاهمـال فى المعالجة .

ويظهر بادى الرأى أنه من الصعب التوفيق بين اعتبار المحكمة كل طبيب مسئولا عن أى خطأ يقع منـه سواء أكـان ذلك الخطأ يسيرا أم جسـيما ، وبين تقريرها وجوب استعمال منتهى الشـدة مع الأطبـاء الاخصائيين وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ولو كان يسيرا ، لأنه مادام كل طبيب مسئولا عن خطئه اليسير ، فليس فى محاسبة الاخصائى عن مثل هذا الخطأ أى تشديد عليه زيادة عن غيره .

ولكن بالتأمل يتضح أن محكمة استئناف مصر قـد أصابت فيمـا ذهبت اليه . لأنه اذا كان كل من الطبيب العادى والاخصائى يسأل عن خطئه اليسير بدون فرق بينهما من حيث درجة الخطأ التى يسأل عنها ،

(*) منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ٧ عدد ابريل سنة ١٩٣٧ ص ٦٤٥ وما بعدها . انظر ما تقدم فى ص ٣٠٩ وما بعدها .

(١) انظر فى وجوب أن يكون خطأ الطبيب ثابتا على وجه التحقيق faute évidente ou caractérisée رسالة Voisenet باريس ١٩٣٤ ص ١٢٦ وما بعدها .

فان طريقة تقدير الخطأ تختلف بالنسبة لكل منهما ، اذ من المسلم به أن الخطأ يقاس بمعيار موضوعى لا شخصى ، وأن المعيار الموضوعى يقتضى مقارنة مسلك الفاعل بمسلك الرجل اليقظ اذا وجد فى ظروف خارجية مماثلة لظروف الفاعل بصرف النظر عن العوامل الداخلية الخاصة بشخص الفاعل (السنهورى فى النظرية العامة للالتزامات جـ ١ ص ٩٥٤ نبذة ٨٥٠ ، مازو نبذة ٤٢٣ وما بعدها ، سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٤ و ص ٢٠٧ وباللغة الفرنسية ص ٨ و ص ٢٠٥) ، والمقصود بالظروف الخارجية الظروف الظاهرة للملأ بحيث يعرفها الناس بغير حاجة الى معاملة الفاعل وفحص نيته ، لا كما يقول الأستاذان هنرى وليون مازو انها الظروف غير المتعلقة بشخصية الفاعل ومميزاته البدنية والأدبية (مازو نبذة ٤٦٠) ، فاذا طبقنا ذلك على الأطباء كان مقياس مسلك الطبيب العادى طبيبا عاديا مثله ، ومقياس مسلك الاخصائى اخصائيا مثله ، لأن التخصص وان كان صفة تدل على زيادة العلم ــ وهو أمر باطن ــ الا أنها صفة خارجية من حيث انها ظاهرة للملأ وتحمل الناس على زيادة الثقة بالطبيب الاخصائى ، فيجب أن يقام لهذه الصفة وزن فى تقدير خطأ الاخصائى ، فيقارن تصرفه بمسلك طبيب اخصائى مثله ، ويحاسب عن كل ما يعتبر من الاخصائى خطأ ولو يسيرا ، وان كان وقوعه من طبيب غير اخصائى لا يعتبر خطأ ، وهنا وجه التشدد فى تقدير خطأ الاخصائى (*) .

(*) وقد قضت بذلك أيضا بعد اكثر من ثلاثين سنة محكمة جنح الازبكية رقم ١٠٥٤ / ١٩٦٧ جنح بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٦ (فى قضية الدكتور يحيى الجمال التى تقدمت الاشارة اليها) ، فقالت بعد أن عرضت ما رأته خطأ فى مسلك الطبيب المتهم : « وبالاخص وانه اخصائى فى فنه يطالب ببذل عناية اكبر من التى يطالب بها الاطباء العموميون . فالمريض لا يلجأ الى الاخصائى عادة الا بناء على نصيحة الطبيب المعالج الذى يقرر ان حالة المريض تستدعى عناية من شخص له دراية خاصة . فالاخصائى يجب ان يكون على المام تام باصول فنه ويجب أن يتوخى غاية الحذر فى أمور علاجه . وقد قضى أنه بالنسبة للاطباء الاخصائيين ، فانه يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسئولين عن اى خطأ ولو كان يسيرا ... » .

وقالت محكمة النقض فى ذلك أن الطبيب يسأل عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى احاطت بالطبيب المسئول (نقض مدنى ٢١ ديسمبر ١٩٧١ مجموعة =

= احكام النقض ٢٢ — ١٠٦١ — ١٧٩) ، وأيضا ١٩٦٩/٦/٢٠ مجموعة أحكام النقض ٢٠ — ١٠٧٥ — ١٦٦ .

وقد أوضحت محكمة جنح الازبكية هذه التبعية المادية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٦ فى قضية الدكتور يحيى الجمال رقم ١٠٥٤ سنة ١٩٦٧ التى تقدمت الاشارة اليها وقالت فى هذا الشأن :

وحيث ان الثابت من الاوراق ومن شهادة اطباء شركة مصر للبترول ان الطبيب المتهم الدكتور ..... كانت الشركة المذكورة قد تعاقدت معه بصفته اخصائيا فى أمراض العيون على أن يتولى توقيع الكشف الطبى على العاملين فيها واجراء ما يراه بشأنهم من علاج ، فالثابت ان المدعى بالحق المدنى قد أحيل الى الدكتور الجمال بناء على امر من طبيب الشركة المقيم ، كما أن الدكتور الجمال قدم أوراقا تفيد وجود العلاقة التعاقدية بينه وبين شركة مصر للبترول وقدمت الشركة نفسها من بين أوراق الملف الطبى الخاص بالمدعى بالحق المدنى لديها ما يفيد ذلك .

وحيث انه متى كان ذلك فان الطبيب .. يعتبر فى كل حالة تعرضها عليه الشركة تابعا لها حتى فيما يعتبر من صميم فنه ، اذ لا ضير فى أن تلحق صفة التبعية أشخاصا ينطوى عملهم على نواح فنية لا يلم بها المتبوع ، فتقتصر بذلك رقابته على مجرد التوجيه العام ، وهو وضع مسلم به بالنسبة الى قائد السيارة مثلا فى علاقته مع رب العمل ، فلماذا يرغض فى علاقة الطبيب بالشركة التى كلفته العمل ؟ ألأن الطبيب يشغل مركزا اجتماعيا خاصا ؟ ولكن متى كان المركز الاجتماعى او الادبى ذا تأثير فى وجود رابطة التبعية أو عدم وجودها . وقد قضت محكمة النقض بأن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وادارة المستشفى الذى عالج فيه المريض كاف لتحميل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب (اشارة الى حكم النقض المعلق عليه آنفا فى ص ٣٣٧) .

وحيث انه لا يغير من هذا الوضع القانونى كون الطبيب المتهم لا يعمل بصفة دائمة لدى شركة مصر للبترول ، لان علاقة التبعية ، وان كانت تقوم فى كثير من الحالات على عقد الخدمة ولكنها لا تقتضى حتما وجود ذلك العقد بل هى لا تقتضى أن يكون التابع مأجورا من المتبوع على نحو دائم أو أن يكون مأجورا على الاطلاق ، فلا ضرورة اذن فى قيام علاقة التبعية أن يكون هناك أجر يعطيه المتبوع للتابع ، بل لا ضرورة لان يكون هناك عقد أصلا بين الاثنين وقد بينت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ مدنى ما هو المقصود بعلاقة التبعية اذ نصت على ما يأتى : « وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه » . فعلاقة التبعية تقوم اذن على هذه السلطة الفعلية فى الرقابة والتوجيه التى تثبت للمتبوع على التابع ، فهى سلطة فعلية وليس من الضرورى أن تكون شرعية ، بل يكفى أن تكون فعلية . ومادام المتبوع يستطيع ان يستعمل تلك السلطة حتى لو لم يستعملها بالفعل فهذا كاف فى قيام علاقة التبعية . ويجب أن تكون هذه السلطة الفعلية منصبة على الرقابة والتوجيه . وقد تكون هذه الرقابة والتوجيه فى عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع وليس من الضرورى أن يكون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفعلية بل يكفى أن يكون من الناحية الادارية هو صاحب الرقابة والتوجيه » .

(ثانيا) ــ المسئوليات المفترضة

(أ) مسئولية الراعى :

١ ــ الاب .

٢ ــ المربى .

٣ ــ المدرسة .

(ب) مسئولية السيد عن فعل تابعه ٠

(جـ) مسئولية حارس الاشياء ٠

(١) مسئولية الراعى المفترضة

١ — مسئولية الأب :

مسئولية الأب عن أعمال ولده وأساسها (*) : نصت المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى على مسئولية بعض الأشخاص — المذكورين على سبيل الحصر — عن أعمال من هم تحت رعايتهم ، وخصت بالذكر فى الفقرة الثانية مسئولية الأب عن أعمال أولاده القصر المقيمين معه • وبناء على ذلك يسأل الأب فى القانون الفرنسى عن أعمال ولده القاصر حتى بلوغه سن الرشد ، وهى احدى وعشرون سنة •

أما القانون المصرى ، فلم ينص بنوع خاص على مسئولية الأب ، اكتفاء بالنص العام الذى يلزم المرء بتعويض الضرر الناشىء للغير عن أعمال من هم تحت رعايته (المادة ١٥١ فقرة ثانية / ٢١٣ مدنى) • وقد اعتمد الفقه والقضاء على هذا النص العام لجعل الأب والأم والمربى ورب الحرفة والمخدوم والسيد (وهم الذين ذكرتهم المادة ١٣٨٤ فرنسى) وغيرهم مسئولين بحكم القانون عن اعمال من هم تحت رعايتهم (راجع كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٢٣ و ص ٣٩٢ وباللغة الفرنسية ص ١٩ و ص ٤٠٩) •

ومع أن المادة ١٥١ فقرة ثانية لم تخص مسئولية الأب بالذكر ، ولم تشترط أن يكون الولد قاصرا ، ولا أن يكون مقيما مع أبيه ، فقد جرت أغلبية المحاكم والشراح على ضرورة توافر هذين الشرطين لقيام مسئولية الأب (أسيوط ٨ نوفمبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٢ — ٤٢٥ — ٢٢٢ ومقال

(*) منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ١٣ عدد مارس وابريل ومايو سنة ١٩٤٣ ص ٣٣٥ وما بعدها .

الأستاذ محمد فؤاد حسنى فى المحاماة ٨ ص ٤٤٦ وما بعدها ، ومصطفى مرعى فى المسئولية المدنية ص ١٥٩ و ص ١٦١) فلم يجعلوا لمسئولية الأب محلا بعد أن يبلغ الولد سن الرشد ، وهى احدى وعشرون سنة . أما فيما يتعلق بما قبل هذه السن ، فقد اختلف الرأى ، فقال فريق بأن الأب يكون مسئولا (١)، وقال فريق آخر بل ان مسئوليته تنتهى بانتهاء ولايته على نفس الصغير . أى متى بلغ الصغير سن الخامسة عشرة على الأكثر (راجع كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٣٩٤ وباللغة الفرنسية ص ٤١١) .

وقد أصدرت محكمة استئناف مصر بتاريخ ٢ مايو ١٩٤٠ (المحاماة ٢٠ — ١٣٨٥ — ٦١٠) (٢) حكما أوضحت فيه شروط مسئولية الأب عن أعمال ولده وحدود هذه المسئولية والأساس الذى تقوم عليه ، فقررت أنه يجب لقيام هذه المسئولية :

(١) أن يثبت مبدئيا حصول الخطأ من الابن وأن يكون هذا الخطأ نتيجة لعدم ملاحظته أو بعبارة أخرى يشترط قيام الارتباط بين خطأ الأب فى ملاحظة ابنه والحادث الذى وقع منه .

(٢) وأن يكون الولد تحت رعاية أبيه ، وتقوم هذه الرعاية بأمرين أساسيين : أولهما أن يكون الولد منضما مع أبيه ، والثانى أن يكون الولد قاصرا عن درجة البلوغ ، والمقصود بذلك بلوغ الرشد المالى المحددة له سن الحادية والعشرين .

وظاهر أن الشرط الأول يتعلق بأساس مسئولية الأب ، وأن الشرط الثانى يرسم حدود هذه المسئولية .

---

(١) استئناف مصر ١٩٣٣/٣/٧ المحاماة ١٤ ص ٣٥١ رقم ١٧٨ .
(٢) المجموعة ٤٢ — ١٣٦ — ٨٤ (وفيه اشارة الى نقض ١٩ نوفمبر ١٩٢٤ المجموعة ٣٦ — ٥٣ — ٣ وتعليق) .

وقد رأينا أن نعرض لهذين المبدأين ، حتى نتبين الى أى حد يمكن التسليم بكل منهما •

فأما أساس مسئولية الأب عن أعمال ولده ، فهو افتراض خطئه فى ملاحظة ولده ، اذ أنه من المسلم به أن المشرع قصد بالمواد ١٥١ فقرة ثانية /٢١٣/١٣٨٤ أن يجعل الأب مسئولا ، دون حاجة بالمصاب الى اثبات خطئه ، وأنه اعتبر خطأ الأب مفروضا فرضا قابلا لاثبات العكس ، فأعفى المصاب بذلك من عبء اثبات خطأ الأب (٣) • ولكن هل أعفاه أيضا من عبء اثبات السببية بين هذا الخطأ المفترض وبين الفعل الضار ، أم انه ترك عليه هذا العبء طبقا للقواعد العامة ؟

ان بعض العبارات التى وردت فى حكم محكمة الاستئناف قد توحى الى الذهن بادىء الأمر أن المحكمة تعتبر المصاب مطالبا باثبات رابطة السببية هذه ، فى حين أن البعض الآخر من تلك العبارات يقرر صراحة بأن على الأب اثبات انعدام رابطة السببية بين الخطأ والحادث ، فأى الرأيين أولى بالاتباع ؟

انا لو أمعنا النظر فى الأمر وجدنا أن الخطأ المفروض خطأ لم يمكن تعيينه ولم تعرف حقيقته ، فكيف يمكن والحالة هذه اثبات السببية بينه وبين الفعل الضار ؟ انا اذا قلنا أن المشرع اشترط اثبات السببية ، أصبح المصاب ملزما بتعيين الخطأ الذى ينسبه الى الأب وباثبات هذا الخطأ ، تمهيدا لاثبات السببية بينه وبين الضرر ، فكأننا ننسب الى المشرع أنه يسلب بيسراه ما منحه للمصاب من رعاية بيمناه • أما اذا اعتبرنا افتراض خطأ الأب أمرا مسلما ، ترتب على ذلك اعفاء المصاب من اثبات السببية أيضا ، بناء على قرينة قانونية ، وتكليف الأب بالدليل العكسى ان أراد أن يدفع المسئولية عن نفسه • وهذا هو الرأى الذى يظهر أن المحكمة عولت

---

(٣) انظر عكس ذلك استئناف مختلط ٨ مارس ١٩٣٩ الغازيت ٢٩ — ٤١٢ — ٤٨٣ .

عليه ، والذى يهمنا أن نبرزه من بين عباراتها (أنظر فى هذا المعنى مازو نبذة ٧٦٩ وكتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنيـة ص ١١٨ وباللغـة الفرنسية ص ١١٨) •

بقى مما يتعلق بأساس مسئولية الأب أن محكمة الاستئناف اشترطت أن يثبت مبدئيا حصول الخطأ من الولد (أنظر فى هـذا المعنى أيضـا مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية نبذة ١٧١ وقارن السنهورى بك فى الموجز ص ٣٥٦) • فهل معنى ذلك أنه اذا كان الولد صغيرا غير مميز ، لا يعرف الخير من الشر ، ولا يمكن أن ينسب اليه خطأ ، أن يعفى أبوه من المسئولية عن أعماله ؟ كلا ، بل ان العقل يقضى بأن واجب الأب فى ملاحظة ولده يزداد كلما قل نصيب الولد من التمييز ، ويخف كلما اقترب الولد من دور النضوج التام • فـلابد من التسليم بمسئولية الأب عن أعمال ولده الضارة ، ولو كانت تلك الأعمال صادرة عن غير تمييز ، ولا يمكن وصفها فى حقه بأنها خطأ • ولكن هل نذهب الى حد القول بأن الأب يسأل عن كل أعمال ولده الضارة بصرف النظر عن كونهـا خطأ أو غير خطأ ، فنجعله مسئولا حتى عن الضرر الذى تسبب فيه الولد بعمل من الأعمال المشروعة التى ما كانت تستوجب مسئولية الأب مسئولية شخصية لو أنه هو الذى ارتكب هذا العمل بنفسه ، كلا أيضا ، لأنا لا نسـتطيع أن نلوم الأب لمجرد كونه لم يمنع ولده من القيام بعمل مشروع ، حتى لو نشأ عن هذا العمل ضرر بالغير •

يتضح من ذلك أنه لا الأخذ فى هذا الشأن برأى محكمة الاستئناف على اطلاقه ، ولا القول بالرأى العكسى على اطلاقه يحقق العدالة أو يستقيم مع المنطق القانونى • ولابد اذن من حل وسط يجعل الأب مسئولا عن أعمال ولده الضارة ولو كان الولد غير مميز ، ولكنه لا يجعله مسئولا عن كل تلك الأعمال ، بل يقصر مسئوليته على ما كان منها غير مشروع فى ذاته وما كان يجب على الأب منع وقوعه •

ونستطيع أن نحقق ذلك بمجاراة محـكمة الاستئناف فى اشتراط

وقوع خطأ من الولد لقيام مسئولية الأب ، ولكن على أن يكون تقدير هذا الخطأ بمعيار موضوعى أى بصرف النظر عن تمييز القاصر أو عدم تمييزه ، لأن الغرض من هذا التقدير ليس ادانة الولد أو عدم ادانته ، وانما معرفة ما اذا كان الأب مقصرا أو غير مقصر فى عدم منع وقوع ذلك الفعل من الولد . ولأن الرأى الراجح أن عدم التمييز ان كان يحول دون مسئولية عديم التمييز نفسه عن أعماله الضارة بالغير ، فانه لايعفى الوالدين من مسئوليتهم عن أعمال أبنائهم غير المميزين (راجع كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنيه ص ٣٩٤ وباللغة الفرنسية ص ٤١٢ ، وأنظر أيضا كولان وكابيتان الطبعة السابعة جـ ٢ ص ١٩٤ ، مازو نبذة ٧٦٣ الى ٧٧٠ ، بيرسون ودى فيليه جـ ١ ص ١٨٠) .

وأما عن حدود مسئولية الأب عن أعمال ولده ، فقد قيدتها المحكمة بوجود الولد تحت رعاية أبيه ، وهذا يتفق مع نص المادة ١٥١ فقرة ثانية . ولكنها لم تكتف بذلك ، بل حددت ما تقوم به رعاية الأب على ولده بأمرين أساسيين : (١) أن يكون الولد منضما مع أبيه (٢) وأن يكون قاصرا عن درجة البلوغ . ثم عرضت للخلاف فى شأن درجة بلوغ الولد التى تنتهى بها مسئولية الأب ، فرجحت الرأى القائل بمسئولية الوالد حتى يبلغ الولد سن الرشد المالى وهى احدى وعشرون سنة ميلادية . (أنظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ الغازيت ٢٩ — ٤١٢ — ٤٨٣) .

ونحن لا يسعنا أن نسلم بهذا الرأى ، بل سبق لنا أن ذهبنا فى ذلك مذهبا آخر فى تعليق لنا انتقدنا به حكما لمحكمة الواسطى الجزئية بتاريخ ١٩ أكتوبر ١٩٣٦ قضى بأن مسئولية الأب عن أعمال ولده تنتهى ببلوغ الصغير خمس عشرة سنة على الأكثر (راجع تعليقاتنا على الأحكام فى السنة السابعة من مجلة القانون والاقتصاد ص ٨٨٣ الى ص ٨٩٢ وما سيجىء فى ص ٣٥١) . ويهمنا الآن أن نناقش الأسباب التى استندت اليها محكمة الاستئناف فيما قررته أخيرا ، ولكنا نرى من المفيد قبل ذلك أن نشير الى حكم القانون الفرنسى فى هذا الشأن .

جعلت المادة ١٣٨٤ فرنسى منـاط المسئولية الرعاية ، واشترطت لتوافر رعاية الأب على ولده أن يكون الولد مقيما مع أبيه وقاصرا أى لم يجاوز الحادية والعشرين من عمره • ويعتبـر توافر هـذين الشرطين ضروريا لقيام واجب الرعاية ، أى أن رعاية الأب على ولده لا تتوافر بغير هذين الشرطين ، فلا يحسب تحت رعاية أبيه الولد البالغ ولا الولـد غير المقيم مع أبيه • ولكن ليس معنى ذلك أنه كلما توافر هذان الشرطان توافرت الرعاية ، بل يجوز أن يكون الولد قاصرا ومقيما مع أبيه ولكنه فى رعاية شخص آخر غير أبيه كمرب أو معلم حرفة أو الخ (٤) ، وبعبارة أخرى يمكن أن نقول ان توافر هذين الشرطين لا يعدو أن يكون أساسا لقرينة قانونية على قيام حالة الرعاية ، ولكنها قرينة بسيطة تقبل الدليل العكسى •

أما المادة ١٥١ فقرة ثانية مصرى فقد اكتفت بجعل الرعاية منـاط المسئولية ، ولم تذكر شروطا ولا وقائع كالإقامة المشتركة أو السن تعتبر أساسا لقرينة قانونية على توافر الرعاية ، فيستفاد من ذلك أنها تركت تقدير توافر الرعاية للقاضى يستنبطه من وقائع الدعوى طبقا لقواعـد الاثبات العادية ، ولا بأس على القاضى من الأخـذ فى هـذا الاستنباط بقرائن الحال دون القرائن القانونية لأن القرائن القانونية لا توجد بغير نص (راجع تعليقاتنا السابق الاشارة اليها) •

ولكن محكمة الاستئناف تقرر عكس ذلك فى اسباب حكمها حيـث تقول « انه قد اتفق الفقه والقضاء فى مصر على أن هذه الرعاية تكون قائمة اذا كان الابن منضما مع والـده واذا كان هـذا الابن قاصرا عن درجة البلوغ — وهذان الأمران ولو أنهما لم ينص عليهما نصـا صريحا فى القانون الا أنهما مستفادان حتما من كلمة « رعاية » ، لأنه لا يعقـل

---

(٤) فى اثناء وجود الولد فى المدرسة يكون تحت رعايتها وتسأل عنه هى ولا يسأل عنه ابوه (نقض جنائى ١٩٣٤/١١/١٩ المحاماة ١٥ — ١ — ١٩٨ — ٩٤ المجموعة ٣٦ — ٥٣ — ٣ وتعليق) •

أن يسأل الأب عن خطأ ابنه الذى يقيم فى غير كنفه لسبب جائز مشروع أو يكون بالغا لأن الرعاية لا تكون الا على قاصر ، اذ أن البالغ مسئول عن عمله ولا حاجة الى اشراك غيره معه ، ولأنه ان صح أن يلزم الآباء ومن فى حكمهم بتعهد أبنائهم ومراقبتهم وهم صغار ، فان هذا الالزام لا يكون له مبرر اذا بلغ الأولاد رشدهم » •

ولنا على هذه الحيثية ملاحظتان :

أولا — أن الحكم قد نسب الى الفقه والقضاء فى مصر أنهما اتفقا على أن هذه الرعاية تكون قائمة اذا كان الابن منضما مع والده واذا كان هذا الابن قاصرا ، مما يشعر بأن قيام حالة الرعاية نتيجة حتمية لتوافر هذين الشرطين ، وهذا ما لم يقل به أحد ولا حتى شراح القانون الفرنسى (انظر مازو نبذة ٧٥٥ ومصطفى مرعى نبذة ١٦٥) ، بل ان الأستاذ السنهورى بك يصرح بعكس ذلك حيث يقول : ان الولد قد يكون مقيما مع أبيه فى مسكن واحد ولكنه مستقل عنه ، وليس للأب اشراف على تربيته ، فلا يكون مسئولا عنه (الموجز فى الالتزامات نبذة ٣٤٧ ، وأنظر بور سعيد الجزئية المختلطة ١٥ يونيه ١٩٢٩ الغازيت ٢٠ — ١٩١ — ١٧٧) ، وكذلك فان أولادا كثيرين يتم نضوجهم فى سن مبكرة قبل البلوغ ويستقلون بطرق عيشهم ويصبح لهم رأى صائب حتى لا يبعد أن يجد من هم أكبر منهم سنا فائدة فى استشارتهم ، ولا يمكن القول بأن أمثال هؤلاء الأولاد يعتبرون تحت رعاية آبائهم لمجرد أنهم لم يبلغوا سن الرشد المالى ، حتى لو كانوا مقيمين مع آبائهم (راجع تعليقاتنا السابق الاشارة اليها) •

ثانيا — أن الحكم اعتبر أن هذين الشرطين ولو أنهما لم ينص عليهما نصا صريحا فى القانون الا أنهما مستفادان حتما من كلمة « رعاية » ، ودلل على ذلك بأنه لا يعقل أن يسأل الأب عن خطأ ابنه الذى يقيم فى غير كنفه لسبب جائز مشروع ولا عن خطأ ابنه البالغ لأن الرعاية لا تكون الا على قاصر • ونحن نرى أن الرعاية التى جعلها المشرع مناط

المسئولية لا تقتضى حتما أن يكون الولد مقيمـا مع أبيـه ولا أن يكون قاصرا ، وانما المقصود بالرعاية ألا يكون الولد مستقلا فى أعماله ، بل أن يكون خاضعا فيها لرقابة أبيه وتوجيهه • وهـذا الخضوع وعـدم الاستقلال ليسا منوطين بسن معينة ولا باقامة مشتركة •

فاذا اتخذ الأب لابنه مسكنا خاصا فى المدينـه التى يتلقى فيهـا علومه ، وجعل يواظب على الحضور من الريف الى المدينة لملاحظة ابنـه واستمرار توجيهه فان الولد يكون تحت رعاية أبيه ولو أنه لا يقيم معه• ومن ذلك يظهر أن الاقامة فى مسكن واحد ليست شرطا لمسئولية الأب فى القانون المصرى (السنهورى فى الموجز فى الالتزامات نبذة ٣٤٧) ، ولا يمكن القول بأن اشتراطها يستفاد حتما من كلمة « رعاية » •

وكذلك اذا بلغ الولد وكان مجنونا أو معتوها فانه يكون بالرغم من بلوغه فى رعاية أبيه ، وتتسع عبارة القانون المصرى لاعتبار الأب مسئولا عنه فى هذه الحالة (أنظر فى هذا المعنى نقض مصرى مدنى ٢٩ مارس ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ١٠٥ — ٥٩ ، والسنهورى فى الموجز فى الالتزامات نبذة ٣٤٧ ، ومصطفى مرعى نبذة ١٦٣ ، وعكس ذلك فى نبذة ١٦٨) • بل ان من الأولاد من يبلغ عاقلا وهو لايزال فى دور طلب العلم على نفقة ذويه ، ويغلب أن يكون خاضعا لنفوذهم وواقعا تحت رعايتهم ، بل ان البنات فى مصر معظمهن يبقين تحت رعاية ذويهن الى أن يتزوجن ، ثم ينتقلن الى رعاية أزواجهن ، فمتى توافرت الرعاية وجـب على ذويهن وأزواجهن أن يتحملوا مسئولية أعمالهن الضارة بالغير (٥) (أنظر فى هذا

---

(٥) يلاحظ ان المحاكم الفرنسية لتقيدها بنص المادة ١٣٨٤ الذى ذكر هؤلاء الاشخاص على سبيل الحصر واشترط قصر الابن فى مسئولية الاب لم تستطع أن تجعل الزوج مسئولا عن زوجته ولا الاب مسئولا عن ابنه البالغ الا بالالتجاء الى التوسع فى مسئولية السيد عن فعل تابعه . انظر Bichot فى رسالته :

L'autonomie de la responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses, p. 143.

المغنى مصطفى مرعى نبذة ١٦٢ ونبــذه ١٧٠ ، واســتئناف مختلط ٢٤ ديسمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٣٧٨ سيرى ١٩٢٧ — ٤ — ٧٨) .

يتضح من هاتين الملاحظتين أن حالة الرعاية التى جعلها القــانون المصرى مناط مسئولية الأب عن أعمال واده ومسئولية كل من كان غيــره تحت رعايته ليست مرتبطة بعدم بلوغ الولد ولا باقامته مع أبيه ، لا من حيث انها تقتضى حتما توافر هذين الشرطين ، ولا من حيث انها تترتب حتما على توافرهما . وانما هى حالة قانونية يجب أن يكون أمر توافرها متروكا لتقدير المحــكمة ، تستنبطه من ظروف كل دعوى على حــدة ؛ فيدخل فى هذا التقدير سن الولد وطريقة عيشه ومقدار استقلاله فى الرأى ومبلغ نفوذ صاحب الرعاية عليه الخ . ويعتبر تقديرها لتوافر الرعاية أو عدمها مسألة قانونية خاضعة لرقابة محكمة النقض ، لأنها شرط لتطبيق نوع خاص من المسئولية .

واذن لا يكون ثمة محل فى تقرير مســئولية الأب للبحث فى اقامة الولد مع أبيه أو عدمهــا ، ولا فى بلوغ الولد أو عــدم بلوغه ، ولا فى السن التى يعتبر بها البلوغ فى هذا الشأن ، أهى سن الرشد المالى أم سن زوال الولاية على النفس ، باعتبار هذه الظروف شروطا لقيام مسئولية

= وهو يقول فى ص ١٢٢ :

Il résulte que la condition d'habitation n'est exigée que dans la mesure où elle constitue une preuve parfaite de l'exercice du droit de surveillance quand il est prouvé, qu ce droit était ou pouvait être exencé par les parents ; la condition d'habitation de vient secondaire si le père pouvait surveiller le fils dans une profession, il est responsable des délits de ces dernirs.. Il ne semble pas d'outeux que les tribunaux n'attachent plus qu'une importance secondaire à la condition quel'enfant habite avec ses parents.

الأب ، أو عناصر تترتب عليها حتما هذه المسئولية ، بل ان هذه الظروف لا تعدو أن تكون من العناصر الواقعية التى تدخل فى تقدير المحكمة لقيام حالة الرعاية أو عدم قيامها •

وكأنى بمحكمة الاستئناف قد شعرت بهـذا ، ولو أنهـا صرحت بعكسه ، لأنها عندما بحثت فى وقائع الدعوى عن شرط الاقامة المشتركة استدلت على هذا الشرط من « أن المتهم كان يلتجىء لأبيه ويستشيره فى أمر زواجه ولم يستمر فى مشروعه الا لما رضى أبوه عنه ، ويؤخذ من هذا مقدار اعتماد المتهم على أبيه وعدم استقلاله عنـــه » • ولأنها عنـــدما بحثت عن شرط القصر استعرضت الخلاف القائم فى شأن سن الولد التى تنتهى عنـــدها مســئولية الأب ، ورفضت التسليم بالرأى القــائل بأن مسئولية الأب تنتهى بزوال ولايته على نفس الصــغير بأن قالت « ان الانسان الذى يبلغ من العمر ١٥ سنة ويوما واحدا مثلا يكون طبقا لهذه النظرية خارجا عن ملاحظة أبيه وبالتالى لا يكون أبوه مسئولا عن أخطائه مع انه يكون فى هذه السن غالبا فى دور التعليم قليل التجربة فى حاجة الى المراقبة والارشاد » ، ثم بعد أن رجحت الرأى القائل بأن سن البلوغ التى تنتهى فيها مسئولية الأب هى ٢١ سنة ميلادية قالت : « على أن هذا الشرط ليس هو الوحيد الذى تترتب عليه مسئولية الأب عن أعمال ابنه الصغير ، فان هناك شرطا مهما آخر يجب توفره ، وهو قيام حالة الحفظ والرعاية التى نص عليها القانون • ولذلك يرى خلط كبير فى القول بأنه كيف يتفق أن يكون سن الرشد التى يقصدها القانون هى ٢١ سنة بينما أن الشخص يكون قد تخرج من دور التعليم الراقى واشتغل بعمل حـر مستقل أو دخل وظائف الحكومة التى لا تمنع لوائحها من الاستخدام قبل بلوغ هذه السن ••• وهذا الخلط ناشىء من اغفال الشرط الجوهرى الآخر وهو قيام حالة الحفظ والرعاية ، فانه قد يكون الانسان لم يصل الى احدى وعشرين سنة ومع ذلك يكون أبوه غير مسئول عنه حتى ولو كان مقيما معه فى منزل واحد ، وذلك اذا كان الابن قد اشتغل بعمل وشق لنفسه طريقا فى الحياة . كأن أصبح محاميا أو طبيبا أو موظفا مسئولا

أو مستأجرا لأطيان يديرها بنفسه دون تدخل من أبيه أو نحو ذلك ، وحتى اذا لم يكن الصغير قد بلغ سن التمييز الشرعى يصح أن تنتهى مسئولية أبيه اذا كانت حالة الحفظ قد زالت بسبب جائز مشروع كأن يكون قد ألحق بمعهد من معاهد العلم حيث ينتقل واجب الرعاية الى المشرفين على ذلك المعهد الذى يقيم فيه » .

يبين من هذه الأسباب أن محكمة الاستئناف نفسها لا تعول على الإقامة المشتركة ولا على السن فى ذاتهما ، وانما تعول فقط على خضوع الولد لملاحظة أبيه وعدم استقلاله عنه ، وهذا هو قوام حالة الرعاية التى جعلها المشرع مناط المسئولية . وفى هذا يتفق رأيها مع رأينا كل الاتفاق . ولكنا نختلف معها فى أنها ترى أن سن الحادية والعشرين هو الحد الأقصى الذى تنتهى ببلوغ الولد اياه مسئولية أبيه عنه ، مهما كانت ظروف معيشة الولد ودرجة خضوعه لأبيه وحاجته الى رعايته ، بينما نرى نحن أن لا محل لتعيين هذا الحد الأقصى لأنه لا يستند الى نص فى القانون ، ولأننا مادمنا نسلم بزوال الرعاية على القاصر الذى يستقل عن أبيه مبكرا ، فلا مانع من التسليم باستمرار الرعاية على البالغ الذى يظل بعد بلوغه عائشا فى كنف أبيه ، معتمدا عليه خاضعا لنفوذه (٦) .

---

(٦) يرى الاستاذ السنهورى بك قياس المجنون والمعتوه على القاصر نبذة ٣٤٧ وكذلك عبد السلام ذهنى فى الالتزامات نبذة ٨٣١ .
وانظر استئناف مختلط ٨ مارس ١٩٣٩ الغازيت ٢٩ — ٤١٢ — ٤٨٣ وقد جاء فيه :

«Par le développement même de l'enfant la surveillance change nécessairement dénature, et on ne saurait exiger d'un père de suivre ou faire accompagnér continuellement un jeune homme de presque 18 ans, pour veiller afin qu'il n'entre prenne point d'actions répréhensibles ou dommageables aux tiers».

وقد تنبه واضعو مشروع تنقيح القانون المدنى الى هذه الملاحظات التى ابديناها ، واحتاطوا لها كلها واحكموا النص عليها فى المادة ٢٤١ من المشروع، ونكتفى بايراد نصها مجردا من كل تعليق : « المادة ٢٤١ : كل من يجب عليه ، =

٢ — مسئولية الأب عن أعمال ولده ومقدار ارتباطها بسن الولد (*) :

حكمت محكمة الواسطى الجزئية بتاريخ ١٩ أكتوبر ١٩٣٦ بأن مسئولية الأب عن أعمال ولده تنتهى ببلوغ الصغير خمس عشرة سنة على الأكثر (المحاماة ١٧ — ٧٨٣ — ٣٨٥ ، وفى هذا المعنى أيضا الاسكندرية الكلية ١١ يوليه ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٢ — ٤٢٠ — ٢١٩ ، والسيدة زينب الجزئية ١٤ يناير ١٩٣٤ الجريدة القضائية س ٥ العدد ١٤ ص ١١)، • وحكمها بذلك مخالف لبعض أحكام المحاكم المصرية السابقة (ديروط الجزئية ٥ يناير ١٩٣٠ الجريدة القضائية العدد ٦٠ ص ٢٨ ، استئناف مصر ٣١ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٩٩٠ — ٤٩٤ ، ٨ نوفمبر ١٩٢٣ المحاماة ٤ — ٤٢٥ ، ٧ مارس ١٩٣٣ المحاماة ١٤ —٣٥١ — ١٧٨) ، ولا يتفق مع ما ذهب اليه شراح القانون المصرى من أن مسئولية الأب تلزمه حتى يبلغ ولده سن الرشد المالى وهى وفقا للتشريع الحالى احدى وعشرون سنة (ذهنى بك نبذة ٨٣١ ، دى هلتس نبذة ٨٧ ، مصطفى مرعى ص ١٦٤) •

وانى أرى حكم محكمة الواسطى أقرب الى الصواب ، ولكن لى

= قانونا أو اتفاقا ، رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع • ويبقى هذا الالتزام قائما حتى لو كان من وقع منه العمل الضار شخصا غير مميز • ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة ، او اثبت ان الضرر كان لابد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » •

انظر فى هذا الموضوع وفى حكم التقنين الجديد مؤلفنا فى مسئولية الراعى المفترضة عن فعل المرعى سنة ١٩٦٨ •

(*) منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ٧ عدد مايو ١٩٣٧ ص ٨٨٣ وما بعدها •

عليه ملاحظات مهمة ، أفضل أن أمهـد لهـا ببحث الموضوع على ضوء القانون الفرنسى •

فى القانون الفرنسى نصت المادة ١٣٨٤ مـدنى فرنسى على مسئولية بعض الأشخاص — المذكورين على سبيل الحصر — عن أعمـال من هم تحت رعايتهم ، وخصصت الفقرة الثانية من المادة بالنص على مسئولية الأب عن أعمال أولاده القصر المقيمين معه ، وبنـاء على ذلك يسأل الأب عن أعمـال ولده القـاصر حتى بلوغه سن الرشد ، وهى احدى وعشرون سنة • وقد اعتبر الشراح هذه المسـئولية المفترضة نتيجة لما للأب من ولاية على أولاده •

ولأن المادة ٣٧٢ مدنى فرنسى نصت على أن هذه الولاية تبقى للأب حتى بلوغ الولد سن الرشد أو اطلاق التصرف له émancipation وازاء صراحة نص المادة ١٣٨٤ فقرة ثانية ، اعتبروا الأب مسئولا وفقـا لهذه المادة الأخيرة مادام ولده قاصرا ولم يطلق تصرفه ، وأجمعوا على انقضاء مسئوليته هذه ببلوغ الولد سن الرشد أو باطلاق التصرف له متى كان هذا الاطلاق حاصلا بحـكم القـانون بسبب عقـد زواج القاصر (جوسران جـ ٢ نبذة ٤٩٥ ، مازو نبذة ٧٥٥ ، بيرسون ودى فيليه ص ١٠٤ نبذة ٧٨) ، ولكنهم اختلفوا فى مسئوليته عن ولده الذى أطلق له التصرف باختياره ، فجعل بعضهم الأب مسئولا فى هذه الحالة بناء على عموم نص المادة ١٣٨٤ فقرة ثانية التى لم تفرق بين القاصر المطلق له التصرف وغيره ، وعلى أن اضرار الولد بغيره يستفاد منه أن الوالـد كان مخطئا فى اطـلاق التصرف له (بلانيول وريبير جـ ٢ نبـذة ٩١٠ ، بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ نبذة ٦٢٩ ، ديموج جـ ٥ نبذة ٨٣٥ ، سوردا نبذة ٨٢٧ ، لارومبيير جـ ٧ نبذة ٥٩٨ ، بودرى وبارد جـ ٤ نبذة ٢٩٠٢ ، اوبرى ورو الطبعة الخامسة جـ ٦ نبـذة ٤٤٧ ص ٣٧٦ ، بيرسون ودى فيليه نبذة ٧٨) • وذهب فريق آخر الى انكار مسئولية الأب فى هـذه الحالة مسئولية مفترضة ، بناء على انقضاء ولايته على ولده ، لأن هـذه

المسئولية المفترضة وولاية الأب تدوران معا وجودا وعدما (مازو نبذة ٧٥٥ ، لوران جزء ٢٠ نبذة ٥٥٨ ، كولان وكابيتان جزء ٢ الطبعة الثامنة ص ١٩٤ ، اسبيناس Espinasse ؛ فى رسالته عن مسئولية الوالدين عن أعمال أولادهم ، تولوز ١٩٢٨ ص ٣٩ وما بعدها) ، والرأى الأخير يبدو أنه أقرب الى العقل والحق ، ولا يؤخذ عليه الا أنه قد يمهد السبيل للأب للتخلص من مسئوليته المفترضة باطلاق التصرف لولده القاصر ، فيبطل بذلك حكم المادة ١٣٨٤ فقرة ثانية • ولكن بالتأمل يتضح أن الأب اذا فعل ذلك فلا يكون من الصعب اثبات خطئه فى هذا التصرف واعتباره مسئولا وفقا للمادة ١٣٨٢ مدنى •

على أن القول بأن مسئولية الأب ملازمة لولايته على ولده يبدو عند امعان النظر فيه أنه يعوزه قليل من الدقة ، ذلك أنه وان كان الغالب توافر التلازم بينهما ، الا أنه كثيرا ما يحدث عند قيام الخلاف بين الوالدين أن تبقى للأب ولاية الصغير مع تسليم الولد لوالدته وبقائه قانونا فى حفظها وتحت رعايتها • فيجوز للأب الاشراف على تعليم ولده وتربيته وتزوجه ، ولكن ذلك لا يكفى لتحميله المسئولية المنصوص عنها فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٤ ، بل تقع هذه المسئولية على عاتق الأم فى هذه الحالة لأنها هى المكلفة رعاية الولد والتى فى وسعها منعه من الاضرار بغيره (مازو نبذة ٧٣٨) ، ولكن ليس معنى ذلك أن المسئولية تنتقل الى الأم بمجرد اقامة الولد معها فعلا ، لأن المعول عليه فى ذلك هو واجب الرعاية l'obligation de garde الناشىء عن حق الولاية على الصغير ، وهو الواجب القانونى الذى يعتبر أساسا للمسئولية المقررة بالمادة ١٣٨٤ فقرة ثانية ، فلا عبرة بواقعة اقامة الولد مع أمه ، اذا كان الأب مازال هو المكلف رعايته قانونا ، ولم يطرأ عليه ما يسقط عنه هذا الواجب القانونى (لالو الطبعة الأولى نبذة ٤٦٥ ، و ٤٦٦ ، كابيتان جزء ٢ الطبعة الثامنة ص ١٩٥ ، مازو نبذة ٧٣٩) (٧) •

---

(٧) وهذا نص ما يقوله مازو فى ذلك :

فى القانون المصرى — أما القانون المصرى ، فلم ينص بنوع خاص على مسئولية الأب اكتفاء بالنص العام الذى يلزم المرء بتعويض الضرر الناشىء للغير عن أعمال من هم تحت رعايته (المادة ١٥١ فقرة ثانية / ٢١٣ مدنى) • وقد اعتمد الفقه والقضاء على هذا النص العام لجعل الأب والأم والمربى ورب الحرفة والمخدوم والسيد مسئولين بحكم القانون عن اهمال من هم تحت رعايتهم • (راجع سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٢٣ و ص ٣٩٢ وما بعدهما وباللغة الفرنسية ص ١٩) •

ومع أن المادة ١٥١ فقرة ثانية لم تخص مسئولية الأب بالذكر ، ولم تشترط أن يكون الولد قاصرا ، ولا أن يكون مقيما مع أبيه ، فقد حكم بضرورة توافر هذين الشرطين لقيام مسئولية الأب ، (أنظر فى المعنى حكم أسيوط ٨ نوفمبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٢ — ٤٢٥ — ٢٢٢ ، ومقال الأستاذ محمد فؤاد حسنى بك فى مسئولية الآباء والأمهات والقامة ولأوصياء عن أعمال الصبى أو المحجور عليه المحاماة ٨ ص ٤٤٦ وما بعدها ، مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية ص ١٥٩ و ص ١٦١) • ومؤدى ذلك ألا يسأل الأب عن أعمال ابنه الكبير أى البالغ من العمر ٢١ سنة أو غير المقيم معه •

ولكن أيستفاد من ذلك قيام مسئولية الأب لمجرد كون الولد قاصرا لم يتجاوز الحادية والعشرين من عمره ومقيما مع أبيه ، ولو كان موظفا

«La responsabilité étant liée à l'exercice de la puissance paternelle, et plus précisément au droit de garde que confère cette puissance, tant que ce droit appartient au père, la mère ne peut être poursuivie sur le terrain de l'art 1384, quand bien même, en fait, elle se chargerait de la garde».

وقضت محكمة استئناف مصر بأن أم القاصر مسئولة عن تعويض الضرر الحاصل من فعل ابنها ولو لم تكن وصية عليه (استئناف ١٩١٠/٢/٧ المجموعة سنة ١٩١٠ ص ٣٣٢) •

مثلا ، أو مشتغلا بعمل يجعل له استقلالا فى الرأى ؟ نحن لا نستطيع التسليم بذلك ، بل ان بعض شراح القانون الفرنسى أنفسهم يأبون الأخذ به . وهذا ما حدا محكمة الواسطى الجزئية وغيرها من المحاكم الى التفكير فى تخفيض السن التى تنتهى مسئولية الأب ببلوغ الولد اياها الى حد السن التى تنقضى بها الولاية على نفس الصغير ، سواء أكان ذلك من وقت ظهور علامات البلوغ الطبيعى أم ببلوغه سن الخامسة عشرة .

وقد بنت محكمة الواسطى حكمها على الأسباب الآتية :

١ — ان أساس الفكرة التى حدت المشرع الى وضع النص القاضى بمسئولية الأب عن أعمال من هم تحت رعايته هو ما اتفق عليه من أن للأب على الابن ولاية التأديب ، فالولى على النفس يتولى القيام بتربية الصغير وتهذيبه ، فان أهمل فاهماله فى الواجب المفروض عليه يعتبر فى ذاته تقصيرا ، فيسأل عن أعمال من هم تحت كنفه ورعايته ، وقد افترض المشرع حصول التقصير فى الرقابة من جانب من تجب عليهم رعاية الصغير مادام الأخير قد أتى فعلا نشأ عنه ضرر للغير .

٢ — من مستلزمات واجب الرعاية اقامة الصغير مع وليه ، ومن المسلم به وقوع المسئولية على من يكون الصغير تحت رعايته وقت ارتكابه الفعل الضار ان كان الصغير تحت رعاية آخر غير وليه .

٣ — ان مسئولية الأب تنتهى مع سلطته على ولده ببلوغ القاصر سن الرشد ، وليس المقصود بذلك سن الرشد المالى ؛ لأن الحكمة فى مسئولية الأب هى الاشراف على نفس الصغير لا على ماله (٨) ، وقد

---

(٨) وقالت محكمة السيدة زينب فى ذلك ان رقابة الاب على اعمال ولده هى بلا شك مظهر من مظاهر ولايته على نفس الصغير ونتيجة من نتائج تلك الولاية (١٤ يناير ١٩٣٤ الجريدة القضائية س ٥ العدد ١٤ ص ١١) . =

توقت هذا الحق الى وقت بلوغ الصغير ، لأن ولاية الرجال على الصغار تزول بالبلوغ ، فاذا بلغ الابن رشيدا سواء أكان بقيم مع والده أم بمفرده فوالده غير مسئول عن تعويض الغير لما يحصل من الابن ، اذ الولاية تنتهى متى بلغ القاصر سن الرشد بقوة القانون ، فمتى بلغ رشيدا فلا محل لمسئولية الأب ، هذا وسن زوال الولاية على النفس هى ببلوغ القاصر خمس عشرة سنة •

٤ — متى بلغ القاصر سن خمسة عشرة سنة يكون هو وليا شرعيا على أولاده الذين يولدون له بعد ذلك ، فمن غير المعقول أن يقال انه وهو ولى على نفس غيره مولى لغيره •

٥ — ان القانون فى مواضع عدة راعى أن سلطة الوالد على ابنه لا تتجاوز سن الخامسة عشرة سنة (المادة ٦١ و ٦٢ عقوبات والمادة الأولى أحداث ومتشردين) (٩) ، وهذا يؤيد الرأى القائل بأنه مادامت سلطة الولى على الصغير تزول بعد بلوغ هذه السن فمن غير المعقول أن ينسب للوالد الاهمال فى عدم الرعاية والمراقبة مادام القانون فى مواضع عدة لا يجعله مسئولا عن تربيته واصلاح أمره بعد سن الخامسة عشرة ،

أما المحاكم التى تمسكت بسن الرشد المالى وجعلت الأب مسئولا عن أعمال ولده حتى بلوغ الأخير سن الحادية والعشرين ، فقد سايرت فى ذلك حكم القانون الفرنسى ، ولم تحاول تبريره فى القانون المصرى ، بل اكتفت بتقريره معتبرة اياه من الحقائق الأولية المسلم بها •

= وقالت محكمة دكرنس ان هذه الرقابة هى أقرب ما يكون لنوع من الولاية على النفس وهذه متشعبة فى الوآنها ومختلفة فى نواحيها بحسب حالة الشخص الخاضع لها (دكرنس الجزئية ٢١ يونيه ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ١٠٨ — ٤٤) •

(٩) واستندت محكمة السيدة زينب ومحكمة الاسكندرية الى أن القانون جعل الصغير مسئولا جنائيا عن أعماله منذ سن الخامسة عشرة •

وعندى أن مذهب هذه الأحكام الأخيرة لا يمكن الأخذ به على علته فى القانون المصرى مع اختلاف النص عندنا عن النص الفرنسى •

فان القانون المصرى لم ينص على مسئولية الأب بنوع خاص ، وبالتالى لم يشترط فى هذه المسئولية كون الولد قاصرا ومقيما مع أبيه ، بل رتبها على كون الولد تحت رعاية أبيه ، كما رتب مسئولية كل امرىء عن أعمال من هم تحت رعايته des personnes que l'on a sous sa garde وليس عموم هذا النص المصرى داعيا لتطبيق النصوص الفرنسية المفصلة باعتبار أن المشرع المصرى انما أراد اختصار هذه النصوص دون الابتعاد عن مضمونها — كما ذهبت الى ذلك بعض الأحكام ، اذ الواقع أن المشرع المصرى فرق بين نوعين من المسئولية المنصوص عنها فى المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى ، فأفرد نصا خاصا لمسئولية السيد عن أعمال تابعه (المادة ١٥٢/ ٢١٤) لمـا لهذه المسئولية من صفة استثنائية تجعل السيد مسئولا فعلا عن أعمال غيره بدون خطأ ثابت أو مفترض من جانبه ، ورأى فى أحوال المسئولية الأخرى قاعدة عامة هى افتراض التقصير فى كل امرىء فى ملاحظة ومراقبة من هم تحت رعايته ، مما يجعل الانسان مسئولا فعـلا عن تقصيره الشخصى فى ملاحظة غيره ، لا مسئولا عن عمل غيره بدون خطأ من جانبه كما فى الحالة الأولى ، فنص المشرع المصرى على هـذه القاعدة الأخيرة ولم ير أن يجعل لها صفة استثنائية بالنص على أشخاص معينين على سبيل الحصر وبيان شروط مسئوليتهم ، بل اكتفى بتقرير مبدأ عام وجعل أساس مسئولية الانسان عن أعمال الغير كون ذلك الغير تحت رعايته ، ولم يحدد هذه الرعاية بسن أو اقامة أو غير ذلك • فلا مبـرر للرجوع عندنا الى القانون الفرنسى وتطبيق نصوصه التى عدل المشرع المصرى عن نقلها •

أما الرأى الذى ذهبت اليه محكمة الواسطى والمحاكم الأخرى التى نهجت نهجها ، فلا يخلو من نزعة استقلالية ومن نظر خاص الى أحكام القانون المصرى ، بالتفريق بين الولاية على المال والولاية على النفس

التى تنتهى عندنا قبل الأولى بخلاف الحال فى القانون الفرنسى ، ولكنه مع ذلك بقى واقعا تحت تأثير القانون الفرنسى من حيث تمسكه بظرف قصر الولد ورغبته فى تعيين سن تنتهى عندها مسئولية الأب ، مع خلو القانون المصرى من أى نص على ذلك •

وعندى أن أساس مسئولية الأب رعايته لولده ، كما أن مسئولية المربى أساسها رعايته لتلميذه ، ومسئولية رب الحرفة أساسها رعايته لصبيه ، بقطع النظر عن سن الولد أو التلميذ وعن تمييزه وعدم تمييزه أو رشده وعدم رشده ، فمتى كان الشخص تحت رعاية غيره أصبح ذلك الغير مسئولا عنه • وهذه الرعاية تخول أحد الطرفين حق توجيه الآخر ورقابته وتوجب على الطرف الآخر اطاعة الأول والعمل بمشورته وأوامره ، وهى وان كانت قريبة الشبه بالولاية على النفس ، الا أنها ليست هى ولاية النفس بعينها ، ولا مظهرا من مظاهرها ، أو نتيجة من نتائجها ، فقد رأينا الشراح الفرنسيين أنفسهم يعولون فى حالة النزاع بين الأبوين على الرعاية la garde دون الولاية على النفس •

وقد أخذت بذلك محكمة الاستئناف المختلطة (٥ فبراير ١٩١٩ — ٣٣ ص ١٥٠) ، ثم أن نص القانون الفرنسى نفسه فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ صريح فى أن أساس هذه المسئولية الرعاية لا الولاية على النفس ، فان المربى ورب الحرفة مثلا لكل منهما رعاية الولد وليس لأحدهما ولاية على نفسه ، ومع ذلك فهما يسألان عن أعماله كما يسأل عنه أبوه ، ومما يؤيد ذلك أن مجرد الولاية على النفس لا يكفى فى القانون الفرنسى لجعل الأب مسئولا بل يشترط أيضا اقامة الصغير معه ، والاقامة من مستلزمات واجب الرعاية ، وليست من مقتضيات الولاية على النفس أو المال ، بل ان اجتماع الولاية من جهة والصغر والاقامة من جهة أخرى لا يعدو أن يكون مجرد قرينة قانونية على توافر الرعاية ، ويجوز للأب أن يدفع هذه القرينة البسيطة باقامة الدليل على وجود الصغير فى رعاية غيره وقت ارتكاب الفعل الضار • وقد فطنت

محكمة الواسطى الى ذلك حيث قالت ان من المسلم به وقوع المسئولية على من يكون الصغير تحت رعايته وقت ارتكابه الفعل الضار ان كـــان الصغير وقتئذ تحت رعاية آخر غير وليه .

فالمسئولية المنصوص عنها فى الشطر الثانى من المادة ١٥١ تلزم كل امرىء عن أعمال من هم تحت رعايته ، لافتراض التقصير فيمن تجب عليه رعاية غيره ، لا فرق فى ذلك بين الأب والمربى ومعلم الحرفة ، بل اننا نستطيع القول ان هذه المسئولية فى القانون المصرى عامة تتنــــاول كل من له رعـــاية على غيره ، فتشـــمل الأب والأم والجد والعم والأخ والوصى ، أى أيهم كان الولد فى رعايته ، لخلو القانون المصرى من أى تعيين على سبيل الحصر .

وأمر توافر الرعاية يجب أن يكون متروكا لتقدير المحكمة ، تستنبطه من ظروف كل دعوى على حدة ، فيدخل فى هذا التقدير سن الولد وطريقة عيشه ومقدار استقلاله فى الرأى ومبلغ نفوذ صاحب الرعاية عليه الخ . ويعتبر تقديرها لتوافر الرعاية أو عدمها مسألة قانونية خاضعة لرقابة محكمة النقض ؛ لأنها شرط لتطبيق نوع خاص من المسئولية .

وعندى أن القانون الفرنسى والقـــانون المصرى متفقـــان فى جعل أساس هذه المسئولية توافر الرعاية على الغير ، والفرق بينهما فيما يتعلق بمسئولية الأب ومن يقوم مقامه : (١) ان القانون الفرنسى قصر هذه المسئولية على الأب وعلى الأم فى بعض الأحوال ، فى حين أن القانون المصرى فرضهـــا على أى شخص يكون الولد تحت رعايته ، (٢) وان القانون الفرنسى أنشأ قرينة قانونية على وجود الولد تحت رعاية أبيه ، أو أمه ، مادام قاصرا ، أى لم يتجاوز الحادية والعشرين ، ومقيما معه ، بينما القانون المصرى ترك تقدير توافر الرعاية لطرق الاثبات العادية ، فلا يجوز لنا معه تحديد سن معينة ، أيا كانت تلك السن ، تعتبر أساسا لقرينة قانونية على توافر الرعاية ، لأن القرائن القانونية لا توجد بغير

نص • (أنظر فى هذا المعنى دكرنس الجزئية ٢٦ يونيه ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ١٠٨ — ٤٤) •

وفى رأيى أن المشرع المصرى قد أنصف بذلك ؛ لأنه لو أنشأ قرينة قانونية على توافر الرعاية مرتبطة بسن الرشد المالى ، وهى الآن احدى وعشرون سنة بعد أن كانت ثمانية عشر ، خالفت هذه القرينة الأمر الواقع بالنسبة لكثيرين من الشبان الذين مع عدم مجاوزتهم هذه السن يكونون قد تم نضوجهم واستقلوا بطرق عيشهم وأصبح لهم رأى صائب حتى لا يبعد أن يجد من هم أكثر منهم سنا فائدة فى استشارتهم • ولو جعل المشرع المصرى هذه القرينة مرتبطة بالولاية على النفس تسقط بظهور علامات البلوغ الطبيعى عنـد الصغير أو ببلوغه سن الخامسة عشر على الأكثر ، قصرت هذه القرينة عن شمول عدد كبير من الحالات التى تتوافر فيها الرعاية فعلا ، فان الصبى يبلغ عادة حوالى الثانية عشر من عمره ، ومع ذلك فالغالب فيه أنه يبقى فى هذه السن وبعدها تحت رعاية والديه، بل ان من الأولاد من يتجاوز سن الخامسة عشر أو يبلغ الحادية والعشرين وهو لايزال فى دور طلب العلم على نفقة ذويه ، ويغلب أن يكون خاضعا لنفوذهم وواقعا تحت رعايتهم ، بل ان البنات فى مصر معظمهن يبقين تحت رعاية ذويهن الى أن يتزوجن ، ثم ينتقلن الى رعاية أزواجهن ، فمتى توافرت الرعاية وجب على ذويهن وأزواجهن أن يتحملوا مسئولية أعمالهن الضارة بالغير (أنظر فى هذا المعنى مصطفى مرعى ص ١٦٥ واستئناف مختلط ٢٤ ديسمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٣٧٨) •

بل ان عموم النص عندنا يسمح بما لا يجيزه القانون الفرنسى من مسئولية الأب أو الجد أو الوصى الخ عن أعمال الكبير المعتوه الذى يكون فى رعايته (أنظر فى هذا المعنى نقض مصرى مدنى ٢٩ مارس ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ١٠٥ — ٥٩) •

أما الاستناد الى أحكام قانون العقوبات لتعيين السن التى يعتبر فيها الولد مسئولا وتنتهى بها مسئولية والده فغير منتج ، لأن نص قانون

العقوبات على مسئولية الولد مسئولية جنــائية كاملة منــذ بلوغه سن السابعة عشر ومسئولية مخففة منذ الخامسة عشر ، لا ينفى امكان جعل الأب مسئولا مدنيا عن أعمال ولده ، بل ان مسئولية الولد المدنية نفسها لا تحول دون مسئولية الأب متى توافرت بينهما علاقة الرعاية . وكذلك نص قانون العقوبات على تسليم الولد المجرم الذى لم يتجاوز الخامسة عشر لأبيه ، لا يمكن أن يستفاد منه حتما وجود الولد تحت رعاية أبيه حتى هذه السن أو خروجه منها فيما بعد هذه السن .

لذلك نرى التمسك بنص المادة ١٥١ فقرة ثانية فى جعل أســاس مسئولية الأب وجود الولد تحت رعايته ، مع اعتبار أمر الرعاية مسألة قانونية تستنبط من وقائع الدعوى ، ولا بأس من الأخذ فيهــا بقرائن الحال ، وانما لا يجوز مطلقا أن نسلم بوجود قرينة قانونية على توافر الرعاية ، سواء أكان أساس تلك القرينة سن الولد أم غير ذلك ، وسواء أكانت تلك السن الخامسة عشر أو الحادية والعشرين أو ما دونهما (*) .

(*) انظر تكملة لذلك فى التعليق التالى ص ٣٦٢ وما بعدها .

٣ — متى تنتهى مسئولية الأب المفترضة عن أفعال ولده (*) :

أصدرت محكمة النقض والابرام حكمين حديثين بتاريخ ٣ ينـاير و ٣ مايو سنة ١٩٤٣ فصلت فيهما فى الخلاف الذى نشأ بين المحاكم منذ أكثر من عشر سنوات فى شأن سن الولـد التى تنتهى عندها مسئولية أبيه ، ونظرا لأن عبارات الحكم الأول أسىء تأويلها ، ولأن حقيقة الرأى الذى أخذ به كلا الحكمين فيها عدول عن الرأى الراجح قبل ذلك فقهـا وقضاء ، رأينا أن ننبه الى هذين الحكمين وأن نعرض لمناقشتهما بعد أن نقدم لذلك ببيان موضوع الخـلاف وحالته الى ما قبل صـدور هذين الحكمين •

عرض موضوع الخلاف وتطوره :

نصت المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى على مسئولية بعض الأشخاص — المذكورين على سبيل الحصر — عن أعمـال من هم تحت رعـايتهم ، وخصصت الفقرة الثانية منها بالنص على مسئولية الأب عن أعمال أولاده القصر المقيمين معه • وبناء على ذلك يسأل الأب فى القانون الفرنسى عن أعمال ولده القاصر حتى بلوغه سن الرشد ، وهى احدى وعشرون سنة •

أما القانون المصرى ، فلم ينص بنوع خاص على مسئولية الأب اكتفاء بالنص العام الذى يلزم المرء بتعويض الضرر الناشىء للغير عن أعمال من هم تحت رعايته (المادة ١٥١ فقرة ثانية / ٢١٣ مدنى) ، وقد اعتمد الفقه والقضاء على هذا النص العام لجعل الأب والأم والمربى ورب

(*) منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ١٦ عدد مارس ١٩٤٦ ص ١٤٥ وما بعدها .

الحـرفة وغيرهم مسئولين بحكم القـانون عن أعمـال من هم تحـت رعايتهم (١) .

ومع أن المـادة ١٥١ فقرة ثانية لم تخص بالذكر مسئولية الأب ، ولم تشترط أن يكون الولد قاصرا ، ولا أن يكون مقيما مع أبيه ، فقـد قال بعض رجال الفقه والقضاء بضرورة توافر هذين الشرطين لقيـام مسئولية الأب (٢) . وقال البعض الآخر بضرورة شرط القصر واستبدلوا بشرط الاقامة ضرورة وجود الولد فى رعاية أبيه (٣) .

وقد أجمعوا فيما يتعلق بشرط القصر ، على أن مسئولية الأب تمتد حتى يبلغ الولد سن الرشد المـالى وهى وفقا للتشريع الحالى احـدى وعشرون سنة (٤) .

غير أن بعض المحـاكم الابتدائية والجزئيـة خرجت على هـذا الاجماع ، ورأت أنه من الصعب أن يجعل الأب مسئولا عن ولد له فى سن العشرين مثلا ولا سيما اذا كان الولد فى هذه السن قـد نضج واستقل

---

(١) راجع رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٢٢ و ص ٣٩٢ وما بعدها .

(٢) اسيوط ٨ نوفمبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٢ — ٤٢٥ — ٢٢٢ ، وفؤاد حسنى بك فى مسئولية الاباء والامهات الخ المحاماة ٨ ص ٤٤٦ ومـا بعـدها ، مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية الطبعـة الاولى ص ١٥٩ و ص ١٦١ ، ذهنى بك فى الالتزامات ص ٨٦٤ نبذة ٨٣١ .

(٣) دى هلتس نبذة ٧٨ و ٨٨ ، السنهورى باشا فى الموجز ص ٣٥٥ نبذة ٣٤٧ ، استئناف مصر ٢ مايو ١٩٤٠ المحـاماة ٢٠ — ١٣٨٥ — ٦١٠ المجموعة ٤٢ — ١٣٦ — ٨٤ ، الزقازيق بهيئة استئنافية ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ (غير منشور) .

(٤) استئناف مصر ٨ نوفمبر ١٩٢٣ المحاماة ٤ — ٤٢٥ ، ٣١ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٩٩٠ — ٤٩٤ ، ٧ مارس ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٣٥١ — ١٧٨ ، ٢ مايو ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ — ١٣٨٥ — ٦١٠ المجموعة ٤٢ — ١٣٦ — ٨٤ والقانون والاقتصاد ١٣ — ١ — ٣٣٥ مع تعليق منا ، ديروط الجزئية ٥ يناير ١٩٣٠ الجريدة القضائية العدد ٦٠ ص ٢٨ ، استئناف مختلط ٨ مارس ١٩٣٩ الغازيت ٢٩ — ٤١٢ — ٤٨٣ ، دى هلتس نبذة ٨٧ ، ذهنى بك نبذة ٨٣١ ، مصطفى مرعى بك ص ١٦٤ ، السنهورى باشا فى الموجز نبذة ٣٤٧ .

بعمله ولم يعد خاضعا لرقابة أبيه ، فربطت مسئولية الأب بواجبه فى حفظ الولد ورعايته ، واعتبرت هـذا الحفظ والرعاية داخلين فى الولاية على النفس ، لا فى الولاية على المال ، وقضت بناء على ذلك بانتهاء مسئولية الأب المفترضة ببلوغ الصغير خمس عشرة سنة على الأكثر وهى السن التى تنتهى بها الولاية على النفس ما لم يبلغ الصغير قبل ذلك (٥) •

وقد دفعنا هذا التضارب فى الأحكام الى بحث وجوه الخلاف بين الرأيين فى تعليقات سابقة (٦) ، فتبين لنا أن الرأى القائل بمسئولية الأب حتى يبلغ الولد احدى وعشرين سنة لا سند له من القانون ، وأن القائلين به تأثروا فيه بما عليه العمل فى القانون الفرنسى ، ولم يعيروا اختلاف النص عندنا أى اهتمام •

أما الرأى الذى ذهبت اليه المحاكم الكلية والجزئية ، فلا يخلو من نزعة استقلالية ومن نظر خاص الى أحكام القانون المصرى ، اذ فرق بين الولاية على المال والولاية على النفس التى تنتهى عنـدنا قبل الأولى ، بخلاف الحال فى القانون الفرنسى • ولكنه مع ذلك بقى واقعا تحت تأثير القانون الفرنسى من حيث تمسكه بظرف قصر الولد ورغبته فى تعيين سن تنتهى عندها مسئولية الأب ، مع خلو القانون المصرى من أى نص على ذلك • (راجع تفنيدنا لحجج هذا الرأى فى تعليقاتنا التى سبقت الاشارة اليها) •

وقد ذهبنا فى بحثنا مذهبا مخالفا لكلا الرأيين ، فانتهينا منـه الى النتائج الآتية :

---

(٥) الاسكندرية الكلية ١١ يوليه ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٢ — ٤٢٠ — ٢١٩ ، السيدة زينب الجزئية ١٤ يناير ١٩٣٤ الجريدة القضائية س ٥ العدد ١٤ ص ١١ ، دكرنس الجزئية ٢٦ يونيه ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ١٠٨ — ٤٤ ، الوأسطى الجزئية ١٩ اكتوبر ١٩٣٦ المحاماة ١٧ — ٧٨٣ — ٤٨٥ وفى هذا المعنى ايضا جنايات طنطا ٢٥ مايو ١٩٤٢ الوارد ذكره فيما بعد .

(٦) راجع السنة السابعة من مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧ ص ٨٨٤ وما بعدها والسنة الثالثة عشرة منها سنة ١٩٤٣ ص ٣٣٥ وما بعدها . انظر ما تقوم فى ص ٣٤٠ وما بعدها و ص ٣٥٢ وما بعدها .

(١) أن أساس مسئولية الشخص عن فعل غيره سواء أكان فى القانون الفرنسى أم فى القانون المصرى هو وجود ذلك الغير تحت رعايته، لا فرق فى ذلك بين مسئولية الأب عن ولده ومسئولية المربى عن تلميذه ومسئولية رب الحرفة عن صبيه ، فمتى كان الشخص تحت رعاية غيره أصبح ذلك الغير مسئولا عنه • وهذه الرعاية تخول أحد الطرفين حق توجيه الآخر ورقابته ، وتوجب على الطرف الآخر اطاعة الأول والعمل بمشورته وأوامره ، وهى وان كانت قريبة الشبه بالولاية على النفس الا أنها ليست هى ولاية النفس بعينها ولا مظهرا من مظاهرها أو نتيجة ملازمة لها •

(٢) أن القانون الفرنسى أنشأ قرينة قانونية على وجود الولد تحت رعاية أبيه ، أو أمه ، مبنية على توافر شرطين هما : أن يكون الولد قاصرا أى لم يجاوز الحادية والعشرين ومقيما مع أبيه أو أمه • وان توافر هذين الشرطين لا يترتب عليه حتما قيام مسئولية الأب ، لأن هذا الأخير يستطيع أن يدفع عن نفسه المسئولية بأن يثبت وجود الولد فى رعاية شخص آخر وقت ارتكابه الفعل الضار • أما القانون المصرى فانه لم ينشىء مثل هذه القرينة القانونية ، ولم يجعل حالة الرعاية التى هى مناط مسئولية الأب عن أعمال ولده ، كما هى مناط مسئولية كل من كان غيره تحت رعايته ، مرتبطة بعدم بلوغ الولد ولا باقامته مع أبيه ، لا من حيث انها تقتضى حتما توافر هذين الشرطين ، ولا من حيث انها تترتب حتما على توافرهما • وانما جعلها حالة قانونية متروكا تقدير توافرها لمحكمة الموضوع تستنبطه من ظروف كل دعوى على حدة طبقا لقواعد الاثبات العادية •

(٣) انه لا محل فى القانون المصرى لاشتراط قصر الولد الى جانب شرط وجوده فى رعاية أبيه ، لأن القانون الفرنسى لم ينص على القصر الا باعتباره أحد عنصرين تقوم على أساسهما قرينة الرعاية ، فلا يجوز مع عدم النص على شىء من ذلك فى القانون المصرى ألا نكتفى بشرط الرعاية وأن نتطلب الى جانبه شرطا آخر لم ينص عليه القانون

وهو شرط القصر ، وبالتالى فلا محل فى القانون المصرى اذن لتحديد سن معينة ، سواء أكانت تلك السن هى سن الرشد المالى أو سن زوال الولاية على النفس أو غيرها ؛ تعتبر أساسا لقرينة قانونية على توافر الرعاية أو على انتهائها ؛ لأن القرائن القانونية لا توجد بغير نص • على أن هذا لا يمنع من الاعتراف لما لسن الولد من الأهمية باعتبارها من الظروف أو العناصر الواقعية التى تدخل فى تقدير المحكمة لقيام حالة الرعاية أو عدم قيامها ؛ فمن الواضح مثلا أن الولد يكون فى الغـالب مستقلا عن والده ، متى جاوز الحادية والعشرين وأنه بالعكس من ذلك يكون خاضعا لرعايته مادام دون الخامسة عشرة ، وأن الأمر فيما بين هذين الحـدين يدور بين توافر الرعاية أو عدم توافرها تبعا لعوامل واعتبارات أخرى كطريقة عيش الولد ومقـدار استقلاله فى الرأى ، ومبلغ نفوذ صاحب الرعاية عليه الخ • ولكن من الواضح أيضا فى خلاصة بحثنا أننا لا نقـر الرأى القائل بمسئولية الأب عن أفعال ولده لمجرد عدم بلوغ الولـد سن الحادية والعشرين ، ولا الرأى الذى يقول بأن مسئولية الأب تنتهى بمجرد تجاوز الولد سن الخامسة عشرة ، بل ان لنا رأيا وسطا نذهب فيه الى أن للقاضى أن ينوع أحكامه تبعا لمقتضيات كل حالة على حدة ، فيكتفى بالتعويل على سن الولد حيث تكون هذه السن وحدها كافية للدلالة على خضوع الولد لرعاية أبيه ، أو على عدم خضوعه لهـا ، والا فانه يكمل استدلاله على ذلك بالظروف الأخرى التى يستفاد منها توافر الرعـاية أو عدم توافرها •

وبعد ذلك أصدرت محكمة جنـايات طنطا حكما بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٤٢ أخذت فيه ، فى شأن مسئولية الأب ، بما ذهبت اليه المحاكم الكلية والجزئيـة • فجعلت مسئولية الأب تنتهى ببلوغ الولـد سن الخامسة عشرة ، وأضافت فى أسباب حكمها حججا جديدة الى الحجج التى كانت استندت اليها تلك المحاكم • وبنـاء على ذلك رفضت الحكم على الأب بالتعويض لبلوغ المتهم سن العشرين •

فطعن المدعى بالحق المدنى فى هذا الحكم بأنه أخطأ اذ قضى بأن

الأب لا يكون مسئولا عن خطأ ابنه بعـد سن البلوغ الجنسى — وهو ١٥ سنة — لأن الرأى الصحيح أن المسـئولية المقررة بالمـادة ١٥١ من القانون المدنى ليس أساسها الولاية على النفس كما قال الحكم المطعون فيه ، بل أساسها ، على مقتضى نص القانون ، واجب الحفظ الذى قـد يكون مطالبا به من لا شأن له بالولاية على نفس مرتكب الخطأ كالمدرس ، مما يجب معه القول بأن الأب يبقى مسئولا عما يقع من ابنه مادام الابن قاصرا لم يبلغ سن الرشد .

حكم ٤ ينـاير سنة ١٩٤٣ :

وقضت محكمة النقض بتاريخ ٤ يناير ١٩٤٣ فى هذا الطعن برفضه بعد أن قررت : « أن المادة ١٥١ مدنى اذ نصت فى الفقرة الثانية على مساءلة الانسان عن تعويض الضرر الناشىء للغير « عن أعمال من هم تحت رعايته des personnes que l'on a sous sa garde أو عـدم الدقة أو الانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته اياهم » ، قد دلت بوضوح على أن هذه المسئولية التى قررتها استثناء وخروجا على الأصل انمـا تقوم على ما للمسئول من سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار وما تقتضيه هذه السلطة من وجوب تعهده بالحفظ والمراقبة لمنع الضرر عنه ومنعه من الاضرار بالغير ، واذ كانت السن احدى موجبات الحفظ ، فمأتى المسئولية من ناحيتها هو كون سن من باشر ارتكاب الفعل الضار تقتضى وضعه تحت حفظ غيره ، ولا اعتبار هنا للسن المحددة فى القانون للولاية على المال ، فان الحفظ garde الذى هو أساس المسئولية بمعناه لغـة وقانونا متعلق مباشرة بشخص الموضوع تحت الحفظ ، اذ قـد يكون الانسان قاصرا فيما يختص بماله ومع ذلك لا ولاية لأحد على نفسه ولا سلطة فيما يختص بشخصه . واذن ففى دعوى التعويض المرفوعة على مقتضى المادة المذكورة لا يكون تعرف سن من وقع منه الضرر الا لمعرفة هل هذه السن توجب وضعه تحت حفظ من رفعت عليه الدعوى أم لا » .

ويتبادر الى الذهن أول الأمر ، كما يرى الأستاذ مصطفى مرعى

فى الطبعة الثانية من كتاب المسئولية المدنية ؛ أن هذا الذى قررته محكمة النقض يفيد ما يأتى :

(أولا) ان المحكمة العليا لم تؤيد مذهب الحكم المطعون فيه ، اذ جعل الولاية على النفس أساسا للمسئولية واذ رتب على ذلك انتهاء المسئولية بانتهاء الولاية على النفس ، يدل على ذلك ما جاء فى حكمها صريحا من أن مسئولية الأب وغيره ، ممن يسألون عن أعمال من هم تحت رعايتهم ، انما تقوم قانونا على ما للمسئول من سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار وما تقتضيه هذه السلطة من وجوب تعهده بالحفظ والمراقبة لمنع الضرر عنه ومنعه من الاضرار بالغير . أى أن السلطة التى للراعى أبا كان أو أما أو وصيا أو معلما أو رب حرفة الخ . على من يكون تحت حفظه ورعايته هى ، لا الولاية على النفس ، الأساس القانونى لهذه المسئولية ، بدليل أن المعلم ورب الحرفة وكل من عدا الأب لا ولاية لهم على نفس الصغير ، ولكنهم مسئولون عن أعماله الضارة بمجرد خضوعه لسلطتهم فى الحفظ والرعاية .

(ثانيا) ان هذه السلطة لا تختلف عن الولاية على النفس فحسب ، بل أيضا عن الولاية على المال ، لأن الحفظ الذى هو أساس المسئولية « متعلق مباشرة بشخص الموضوع تحت الحفظ اذ قد يكون الانسان قاصرا فيما يختص بماله ومع ذلك لا ولاية لأحد على نفسه ولا سلطة فيما يختص بشخصه » .

(ثالثا) ان سن الشخص هى احدى موجبات الحفظ أى أنها أحد العناصر التى تدخل فى تقدير المحكمة لتوافر حالة الرعاية أو عدم توافرها . ولا اعتبار فى ذلك للسن التى حددها القانون للولاية على المال ، ولا للسن التى تنتهى بها الولاية على النفس ، فقد يعتبر فى رعاية أبيه من تجاوز سن البلوغ الطبيعى (أو حتى سن الرشد المالى)، اذا كان لم يتم نضوجه ولم يستقل بأمر نفسه ، بل ظل يعتمد على أبيه فى عيشه ويأتمر بأمره ، وبالعكس من ذلك قد يعتبر غير خاضع لرعاية أبيه ،

شخص لم يبلغ بعد سن الرشد المالى اذا بلغ من النضج ما جعله يعتمد على نفسه ويستقل بأمره دون أن تكون لأبيه سلطة عليه .

وكنا نتمنى أن يكون هـذا التفسير الذى يتبـادر الى الذهن من عبارات محكمة النقض مطابقا لحقيقة المعنى الذى قصدت اليه محكمتنا العليا ، لأنا نرى فيه الرأى الصحيح الذى يؤدى اليه تطبيق نصوص القانون المصرى . غير أن ظروف القضية التى قررت فيها محكمة النقض ذلك ، وعبارات الحيثية التالية لهذه الحيثية الأولى جعلتنا نتشكك على الأقل فى صحة هذا التفسير لنية محكمة النقض .

ذلك أن الحكم المطعون فيه كان قد قضى برفض التعويض المطلوب من والد المتهم بناء على أن هذا الأخير قد جاوز السن التى تنتهى بهـا ولاية أبيه على نفسه . فاذا فرضنا صحة التفسير الذى أشرنا اليه كان من المتعين على محكمة النقض أن تقبـل الطعن وأن تحيـل القضية الى محكمة أخرى لتبحث فى وقائع الدعوى عما يفيد وجود المتهم فى رعاية أبيه أو عدمه بالرغم من تجاوزه سن الولاية على النفس . ولكن المحكمة فعلت عكس ذلك ، اذ رفضت الطعن واكتفـت فى رفضـه بأن أردفت الحيثية الأولى بقولها : « وحيث انه متى كان هذا مقررا ، فان الحـكم المطعون فيه اذ أسس قضاءه برفض دعوى التعويض المرفوعة على والد المتهم على ما تبينته المحكمة من أن المتهم قد تجاوزت سنه الحد الـذى تنتهى به ولاية أبيه على نفسه يكون قد أصاب ولم يخطىء فى شىء مما يزعمه الطاعن » .

هذه الحيثية الأخيرة فى ذاتها واضحة الدلالة فى أن المحكمة العليا تؤيد ما ذهب اليه الحكم المطعون فيه من أن مسئولية الأب محـدودة بولايته على نفس ولده ، وهى بذلك تناقض التفسير الذى يتبادر الى الذهن من عبارات الحيثية السابقة ، فأى المعنيين هو الذى قصدت اليه محكمة النقض ؟ أهو المعنى الذى أمكن استخلاصه من العبـارات التى قررت بها المبدأ ، أم هو المعنى الذى يستفاد من العبارات التى طبقت بها هذا المبدأ على الطعن المعروض عليها ؟

قد يقال فى تغليب هــذا المعنى الأخير أن العبــرة بالنتيجة التى وصلت اليها المحكمة فى التطبيق القــانونى ، لا بالمبادىء العــامة التى قررتها فى أسباب حكمها ، ولكن يمــكن أن يرد ذلك بأنه اذا توافرت فى القضية ظروف واقعية يترتب عليها من حيث نتيجة التطبيق القــانونى انعدام أثر الاختلاف بين المعنيين المتعــارضين ، فالأولى تغليب المعنى المستفاد من تقرير المبادىء العامة مادامت النتيجة يمكن — بسبب توافر تلك الظروف الواقعية الخاصة — أن تستقيم مع ذلك المعنى • وفى هذه القضية بالذات كان بلوغ المتهم سن العشرين ، مضافا الى طريقة عيشه التى بينتها محكمة الموضوع ، ظرفا يسمح باعتبــار المتهم غير خاضع لرعاية أبيه ويكفى لرفض الدعوى المدنية ضد الأب ، فاكتفت محــكمة النقض بذلك فى رفض الطعن الذى كان يرمى الى القول بتوافر الرعاية ، واكتفت بذلك نظرا لانعدام مصلحة الطاعن فى التقرير أولا بقبول الطعن تمشيا مع المبدأ ثم الحكم برفض التعويض اعتمادا على ظروف الدعوى•

يبين من ذلك أن عبارات هذا الحكم لا تكشف بصفة قاطعة عن رأى محكمة النقض ، وأنها توجب على الأقل التشكك فى صحة التفسير الذى تبادر الى الذهن بادئ الأمر ، وأنها فى حاجة الى حكم آخر يجلو معناها ويرفع عنه كل شك •

حكم ٣ مايو سنة ١٩٤٣ :

وقد شاءت الظروف ألا يبطىء هذا الحكم الآخر أكثر من أربعــة أشهر ، فأتيح لمحكمة النقض أن تقرر ذات المبدأ مرة ثانية فى حكمها الصادر فى ٣ مايو ١٩٤٣ ، وأن تطبق هذا المبــدأ على وقائع الــدعوى المعروضة عليها تطبيقا لا يدع أى مجال للشك فى أنها تعتبر مسئولية الأب محدودة بولايته على نفس الولد ، أى أنها تنتهى ببلوغ الصغير سن الخامسة عشرة على الأكثر • وبيان ذلك أن محكمة الزقازيق الابتــدائية الأهلية كانت قضت فى ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ بهيئة استئنافية بمسئولية متهم عمره ١٩ سنة وباعتبار أبيه أيضا مسئولا عنه مدنيا استنادا الى الرأى الراجح فى

الفقه والقضاء الذى يعتبر الأب مسئولا عن فعل ولده حتى يبلغ هـذا سن الرشد المالى مادام فى رعاية أبيه • فطعن الأب فى هذا الحكم بأنه أخطأ اذ جعل مسئولية الأب تمتد حتى يبلغ الولد سن الحادية والعشرين فى حين أن هذه المسئولية يجب أن تنتهى بتجاوز الولد سن البلوغ الذى تنتهى به الولاية على النفس بمقتضى أحكام الشريعة الغراء • فقبلت محكمة النقض هذا الطعن وقضت برفض الدعوى المدنيـة الموجهة الى الطاعن وقالت فى أسباب حكمها (بعد أن أعادت تقرير المبدأ الذى سبق أن قررته فى حكم ٤ يناير ١٩٤٣) : « ان الحكم المطعون فيه اذ اعتبـر الوالد مسئولا عن عمل ابنه بعد أن كان هذا قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره وكانت سنه وقت الحادثة أكثر من تسع عشرة سنة ، واذ قال ان الابن يبقى فى حفظ أبيه حتى يبلغ احدى وعشرين سنة ، يكون قـد أخطأ لأن حق الحفظ بالنسبة للصغير مرتبط بالولاية على النفس وينتهى بانتهائها ولا شأن له بالمال ولا بسن الولاية على المال كما مر القول » •

وقد دلت محكمة النقض بقبولها الطعن ونقض الحكم المطعون فيـه وتوكيدها صراحة أن واجب الحفظ بالنسبة الى الصغير مرتبط بالولاية على النفس وينتهى بانتهائها ، دلت بطريقة واضحة لا تحتمل لبسا ولا تأويلا على قصدها فى العـدول عن الرأى الغالب الى الآن فى الفقـه والقضاء ، وعلى رغبتها الأكيدة فى الأخذ بالرأى الذى قضت به بعض المحاكم الجزئية والابتدائية ، وأخيرا محكمة جنايات طنطا . والذى يجعل مسئولية الأب عن أعمال ولده ، مسئولية مفترضة ، تنتهى بمجرد بلوغ الولد طبقا لقواعد الشريعة الغراء •

وكنا ننتظر من محكمتنا العليا وقد دعيت للفصل فى مسألة خلافية ورأت تقرير مبدأ جديد فيهـا تخالف به اجماع الفقـه وأغلبية أحكام المحاكم أن تعرض للخلاف فى أصله وأن تمحص كلا من الآراء المختلفة فى الموضوع وحججه حتى يجىء تقريرها للمبـدأ الذى اعتمدته مدعمـا بالأسباب المؤدية اليه فتظهر وجاهته لرجال القـانون ويطمئن اليـه

المتقاضون . أما فى هذين الحكمين ، فقد اقتصرت محـــكمة النقض على تقرير المبدأ باعتباره قضية مسلمة ، فى عبارات يكفى أن يؤخذ عليهـــا أنه أمكن لصاحب كتـــاب المسئولية المدنيـــة ، وهو مستشار بمحـــكمة الاستئناف ، أن يفهم منها خلاف المقصود بها ، ولم تبين الأسباب التى استندت اليها فى تقرير هذا المبدأ وتغليب الرأى الذى أخـــذت به على الرأى الراجح الى الآن . فأصبح من المتعين علينا اذا أردنا أن نتبين هذه الأسباب أن نرجع الى الحكمين المطعون فيهما ، فنعتبر محكمة النقض قد أقرت الأسباب التى استند اليها حكم محكمة جنايات طنطا الصادر فى ٢٥ مايو ١٩٤٢ الذى رفضت الطعن المقدم عنه وأنهـــا لم تقر الأسباب التى استند اليها حكم محكمة الزقازيق الصادر فى ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ الذى نقضته بعد أن قبلت الطعن المقدم عنه .

ونحن اتماما للفائدة نرى أن نورد فيما يلى أسباب الحكم الأول مع التعقيب عليها فى الهامش بما عن لنا من ملاحظات بشأنها ، وأن نردفها بملخص واف لأسباب الحـــكم الثانى ونحيل فيمـــا يتعلق بأسبابه الى تعليقاتنا على حكم آخر سبق صدوره فى نفس المعنى وبناء على الأسباب ذاتها .

قالت محكمة الجنايات بعد أن أدانت المتهم فى الجريمة المرفوعة بها الدعوى عليه وألزمته وحده بمبلغ التعويض الذى رأت الحكم به :

« أما فيما يختص بوالده ... فان المحكمة لا ترى لها محلا ، ذلك لأن المادة ١٥١ مدنى اذ نصت على مسئولية الانسان عن أعمـــال الغير اشترطت أن يكون هذا الغير تحت رعايته حتى يحاسب على الاهمال أو عدم الدقة فى ملاحظة من هم تحت رعايته . والواقع أن المسئولية عن أعمال الغير لم تحد عن القاعدة الأصلية التى ترجع كل مسئولية الى نوع من أنواع الخطأ الموجب لها ، وليس تقصير الانسان فى مراقبة من هم تحت رعايته الا خطأ شخصيا يتصل به أولا وبالذات (٧) على أن هذه

---

(٧) لا شك أن المحكمة تقصد بذلك ان اساس المسئولية عن اعمال =

المسئولية تنعدم وينفرد بها محدث الضرر اذا ما أصبح لهذا شـخصية مستقلة واكتملت له الحرية فى تصرفاته وأعمـاله (٨) • ولا يمـكن أن تقاس هذه الشخصية بالمقياس المقرر لسن بلوغ الرشد كما يحدده قانون المجالس الحسبية أى باحـدى وعشرين سـنة ، بل بالولاية على نفس الشخص كما تفرضها الشريعـة الاسلامية أى بالبلوغ الجنسى للذكر والأنثى أو ببلوغهما الخامسة عشرة (٩) • ولعله مما يقرب وجهة النظر هذه أن قانون العقوبات حين تحدث عن معاملة المجرمين الأحداث رتب

= الغير لا يختلف عن اساس المسئولية عموما ، وهو الخطأ الشخصى ، وانها لم تقصد نفى استثناء المسئولية عن أعمال الغير من قاعدة وجوب اثبـات الخطأ كما ذهبت الى ذلك بعض أحكام محكمة الاستئناف المختلطة (٨ مايو ١٩٣٠ ب ٤٢ — ٤٨٥ ، الغازيت ٢٠ — ١٨٤ — ١٦٩ ، ٨ مارس ١٩٣٩ الغازيت ٢٩ — ٤١٢ — ٤٨٣) بدليل انها لم تطالب المدعى المدنى باثبـات خطـأ الاب فى ملاحظة ولـده . بل اجهدت نفسـهـا فى تلمس الحجج التى استدلت بها على عدم توافر الشروط التى تجعل مسئولية الاب مفترضة وقد عنيت محكمة النقض بابراز هذه الصفة الاستثنائية للمسئولية عن أعمـال الغير .

(٨) ربطت المحكمة فى هـذه الحيثية انتهاء مسـئولية الاب باكتمـال شخصية الولد وحريته أى باستقلاله عن أبيـه وخروجه بذلك من تحـت رعايته . ونحن نسلم بهذا الارتباط ، وقد أقرته محكمة النقض .

(٩) اكتفت المحكمة بمجرد تقريرها أنه يستحيل ربط اكتمال الشخصية (اى انتهاء الرعاية) ببلوغ سن الرشد المـالى ، وأنه يجب ربطه بالبلوغ الجنسى ، دون تعليل لهذا الوجوب ولا لتلك الاستحالة . ونحن وان كنا نفهم سبب هذه الاستحالة (وقد بيناه فى تعليقاتنا السابقة فى مجلة القـانون والاقتصاد ٧ ص ٨٩١) ، لا نرى ما يبرر ربط اكتمال الشخصية أو انتهاء الرعاية بالبلوغ الجنسى ، ولا نجد له سندا من القانون ولا من الواقع ، فالقانون لم ينص على سن معينة ، كما أنه لم ينص على القصر ولا على الرشد المالى أو البلوغ الجنسى ، ولا ربط الرعاية بالولاية على النفس ولا بالولاية على المال . وكذلك الواقع لا يسمح بربط اكتمال الشخصية والاستغناء عن الرعاية بالبلوغ الجنسى . اذ ان الصغير يبلغ عادة حوالى الثانية عشرة من عمره ، والغالب فيه أنه يبقى فى هذه السن وبعدها تحت رعاية والديه ، بل ان من الاولاد من يتجاوز سن الخامسة عشرة أو يبلغ الحادية والعشرين وهو لايزال فى دور طلب العلم على نفقة ذويه ، ويغلب أن يكون خاضعا لنفوذهم وواقعا تحت رعايتهم ، بل ان البنات فى مصر معظمهن يبقين تحت رعاية ذويهن الى ان يتزوجن ، ثم ينتقلن الى رعاية أزواجهن (أنظر فى هذا المعنى مصطفى مرعى ص ١٦٥ واستئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٣٧٨) .

فيما رتب مسألة تسليمهم لولى أمرهم ، وجعل للسن فى هذه الحالة حدا أقصى لا يتجاوز الخامسة عشرة ، كذلك ينص قانون المتشردين والأحداث على أن الطاعة تلزم الولد حتى الخامسة عشرة ، فاذا مرق من سلطة أبيه قبل بلوغ هذه السن وقع تحت طائلة العقاب (١٠) . وفى الحق انه يبدو غريبا أن يظل الأب مسئولا عن أعمال ولده الذى قارب احدى وعشرين سنة وله مطلق الحرية فى روحاته وجيئاته وله أن يطرق باب الوظائف العامة وعليه أن يؤدى الخدمة العسكرية ويختار العمل الملائم له يفيد ما شاء له الحظ أن يفيد من كسب ويخسر ما قدر له أن يخسر (١١) . بل ان قانون المجالس الحسبية أباح له أن يتولى ادارة أمواله بين الثامنة عشرة والواحدة والعشرين كما أن القانون المدنى لم يجعل تصرفاته باطلة بطلانا جوهريا بل اكتفى بأن جعلها قابلة للبطلان يجوز أن تلحقها الاجازة (١٢) . وها هو الفقه فى فرنسا بالرغم من أن

---

(١٠) يلاحظ أن الاستشهاد بأحكام قانون العقوبات وقانون المتشردين غير منتج فى هذا الموضوع ، لان النصوص الخاصة بالمجرمين الاحداث اذا كانت تجيز للمحكمة أن تستبدل بالعقوبة العادية فيما يتعلق بمن لم يبلغوا الخامسة عشرة تسليمهم لولى أمرهم ، فلا يفيد ذلك حتما أن هؤلاء الاحداث تكمل شخصيتهم بتجاوز هذه السن أو أنهم لا يكونون بعدها خاضعين فعلا لابائهم يأتمرون بأمرهم وينتهون بنهيهم . وكذلك الحال بالنسبة لقانون المتشردين الاحداث فانه يقرر مدة اجبارية يلزم فيها الصغير قانونا بالخضوع لوالده ولكنه لا ينفى استمرار خضوعه له فعلا بعد هذه المدة .

(١١) نظرت المحكمة فى ذلك الى الشاب الذى قارب الحادية والعشرين والذى اكتمل نضوجه واستقل بشئون نفسه . ونحن لا ننازع فى انقطاع رعاية الاب لمثل هذا الشاب وانتهاء مسئوليته عنه . ولكن المحكمة لم تنظر الى الاحداث من وقت بلوغهم الجنسى الذى يكون عادة فى الثانية عشرة أو على الاكثر فى الخامسة عشرة ، ولو نظرت اليهم ما استطاعت أن تقول فى شأنهم ما قالته فى شأن من نظرت اليه ، مع أنهم جميعا يدخلون فى فترة من السن واحدة هى الفترة التى تفصل بين البلوغ الجنسى والرشد المالى اى الفترة التى ينصب عليها الخلاف فى شأن قيام أو عدم قيام قرينة قانونية على وجود الولد تحت رعاية ابيه فى اثنائها . ويلاحظ أن حكم محكمة الزقازيق نظر الى الفئة التى لم تنظر اليها محكمة الجنايات ، فأدى به هذا النظر الى الرأى العكسى .

(١٢) لا نرى أن أحكام قانون المجالس الحسبية والقانون المدنى تفيد شيئا فى تقريب رأى المحكمة ، وفى تدليلها على اكتمال شخصية الصغير =

نص المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى أضيق نطاقا من المادة ١٥١ مدنى مصرى رأى أن يخفف وطأة هذا الجمود فأخلى الوالد والوالدة من المسئولية عن أعمال الابن والبنت اذا تزوجا قبل بلوغ سن الرشد ارتكانا على أنهما بهذا الزواج قد حصلا على قسط من الحرية يجعلهما بمنأى عن سلطة الأبوين (١٣)، وحيث انه من ذلك لا يكون ... أبو المتهم ...

= بالبلوغ الجنسى (أولا) لانها اجنبية عن الموضوع ، اذ هى تتعلق بالرشد المالى وبالاهلية لمباشرة التصرفات القانونية ولا صلة لها بالولاية على النفس ولا باستقلال الشخصية واستغنائها عن الحفظ والرعاية . و (ثانيا) لانها ان أفادت شيئا فانما تفيد أن القاصر لا يستغنى عن رأى وليه ولا يستقل بأمر نفسه ، وأنه بعد الثامنة عشرة أنما تسلم اليه ادارة أمواله على سبيل التجربة تحت رقابة وليه أو رقابة المجلس الحسبى بحيث لو أساء التصرف سلبت منه تلك الادارة . وان بطلان تصرفاته بطلانا نسبيا لاكبر دليل على عدم اكتمال شخصيته وعلى قصد المشرع حمايته ضد نفسه ، فضلا عن أن هذا البطلان يلحق تصرفات القاصر من سن السابعة الى سن الحادية والعشرين، والاستناد اليه كان يقتضى القول بأن شخصية القاصر تكمل من سن السابعة، ويتبع اكتمالها ارتفاع المسئولية عن الاب . ولكن أحدا لم يقل بذلك قط ، ويلاحظ أن حكم محكمة الزقازيق اخذ من قانون المجالس الحسبية ومذكرته الايضاحية دليلا على الراى العكسى .

(١٣) اذا كان نص المادة ١٣٨٤ فرنسى أضيق نطاقا من نص المادة ١٥١ مصرى فقرة ثانية من حيث انه يفرض مسئولية الاب مادام ولده قاصرا ، فان الشراح الفرنسيين قد اعتبروا هذه المسئولية المفترضة نتيجة لما للاب من سلطة على أولاده puissance paternelle ، ولما كانت المادة ٣٧٢ مدنى فرنسى تنص على أن هذه السلطة تبقى للاب حتى بلوغ الولد سن الرشد أو اطلاق التصرف له émancipation فقد اعتبروا الاب وفقا لهذه المادة الاخيرة مسئولا مادام ولده قاصرا ولم يطلق تصرفه ، واجمعوا على انقضاء مسئوليته هذه ببلوغ الولد سن الرشد أو باطلاق التصرف له متى كان هذا الاطلاق حاصلا بحكم القانون بسبب عقد زواج القاصر (انظر تعليقاتنا التى سبقت الاشارة اليها فيما تقدم ص ٣٥٢ وما بدها) .

ويظهرمن ذلك أنهم يعتبرون زواج القاصر — وهو لابد فيه من موافقة والديه — قرينة على اكتمال شخصيته واستقلاله وخروجه من تحت رعاية أبيه . ولا مانع عندنا من التعويل على زواج القاصر فعلا باعتباره من العناصر التى يستفاد منها غالبا استقلال الولد عن أبيه وانتهاء خضوعه لرعايته . ولكن لا يجوز الاستدلال بذلك على القول بانتهاء رعاية الاب بمجرد وصول الولد الى البلوغ الجنسى أو بمجرد بلوغه سن الاهلية القانونية للزواج ، لان العبرة فى تقدير انتهاء حالة الرعاية أو استمرارها بحصول الزواج فعلا الذى يدل على اكتمال الشخصية واستقلالها ، لا بمجرد امكان حصوله طبيعيا من وقت البلوغ أو قانونا من وقت الاهلية .

مسئولا عن أعمال ابنه الذى قيل انه وقت الحادثه ما كان قد بلغ الواحدة والعشرين سنة تماما والذى بلغ وقت نظر الدعوى الثالثة والعشرين » .

أما أسباب حكم محكمة الزقازيق الصادر فى المعنى العكسى بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ ، فهى فى معظمها تكرار حرفى لأسباب حكم أصدرته فى هذا المعنى محكمة استئناف مصر بتاريخ ٢ مايو ١٩٤٠ (١٤) وسبق لنا التعليق عليه فى هذه المجلة (١٥) ، فنكتفى بالاحالة على هذا التعليق .

ويلاحظ قبل كل شىء أن حكم محكمة الزقازيق كان متأثرا فى حججه وأسانيده بالنظر الى حالة الشخص الذى جاوز سن البلوغ الطبيعى بيوم واحد أو بلغ الخامسة عشرة ويوما واحدا ، والى ما فى القول بانتهاء مسئولية أبيه عنه من مجافاة للعدالة ، فى حين أن حكم محكمة جنايات طنطا كان متأثرا بالنظر الى حالة الشخص الذى قارب سن الرشد المالى دون أن يبلغه ، والى ما فى القول باستمرار مسئولية أبيه عنه حتى هذه السن من مجافاة للعدالة أيضا ، وان محكمة النقض تأثرت فى حكميها بالنظر الى هذه الحالة الأخيرة وحدها لأن الولد مرتكب الفعل الضار كان فى كل من القضيتين قد جاوز سن العشرين .

وفى اعتقادى أن محكمة النقض لو أنها عرضت فى حكميها لمناقشة أسباب الحكمين المطعون فيهما ، لتفادت التأثير الذى وقعت فيه من جراء النظر الى احدى الحالتين المتطرفتين دون الأخرى ، ولظهر لها أن القول بانتهاء مسئولية الأب بمجرد بلوغ الولد بلوغا طبيعيا — وقد يكون ذلك فى سن الثانية عشرة أو قبلها — ليس أقل بعدا عن العدالة وعن القانون من القول باستمرار مسئولية الأب عن ولده الذى بلغ العشرين أو جاوزها ، وأن الرأى الذى قدمناه فيما سبق هو وحده الذى

---

(١٤) المحاماة ٢٠ — ١٣٨٥ — ٦١٠ المجموعة ٤٢ — ١٣٦ — ٨٤ .
(١٥) القانون والاقتصاد ١٣ — ١ من ٢٣٥ — ٣٤٤ . أنظر ما تقدم فى ص ٣٤٠ وما بعدها .

يتفق مع القانون المصرى ويسمح بتحقيق العـدالة فى جميع الحالات على السواء •

على أننا نسارع الى القول بأن عبارات محكمة النقض قـد أوحت الينا بتفرقة جديدة لا ندعى أن المحكمة قصدتها ، فنفرق بين شيئين :

(١) السلطة الفعلية التى تكون لشخص على آخر وتوجب على الأول منع الثانى من الاضرار بالغير . وهذه السلطه هى التى تتوافر بهـا حالة الرعاية التى تقوم عليها مسـئولية الراعى المفترضة عن فعل المرعى ، سواء أكانت هذه السلطة مستمدة من القانون أم من الواقع (١٦)•

(٢) واجب الحفظ المفروض قانونا على الأب لمنع الضرر عن ولده ومنع ولده من الاضرار بالغير ، والـذى يترتب على الوفـاء به توافر السلطة الفعلية المذكورة آنفا ، بينما يعتبر الاخـلال به خطأ شخصيا يستتبع مسئولية الأب مسئولية مباشرة (١٧) •

وهذه التفرقة تسمح لنا بأن نساير محكمة جنايات طنطا ومحكمة النقض فى القول بأن واجب الحفظ المفروض على الأب ينتهى ببلوغ الولد طبقا لأحكام الشريعة الغراء ، لأنه هو وحده المرتبط بالولاية على النفس• أما السلطة الفعلية التى تتوفر لشخص على آخر ، فقد تكون نتيجة القيام بواجب الحفظ المرتبط بالولاية على النفس ، وقد لا تكون كذلك كما اذا استمر الولد خاضعا لسلطة أبيه بعد انقضاء واجب الحفظ المفروض قانونا على الأب ، وبما أن المسئولية التى قررتها المادة ١٥١ فقرة ثانية انما تقوم — كما تقول محكمة النقض — على ما للمسئول من سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار ، فانها تعتبر — كما تقول محكمة الزقازيق —

---

(١٦) Pouvoir de fait en vertu duquel une personne se trouve effectivement sous la garde d'une autre et soumise à sa surveillance.

(١٧) Obligation légale de garde remplie ou non remplie.

أجنبية عن قواعد الشريعة الاسلامية ، ولا محل للتقيد فيها بسن انتهاء الولاية على النفس .

وبناء على ذلك يمكننا أن نسلم بأنه مادام الولد لم يبلغ طبقا لقواعد الشريعة الغراء ، فان والده يكون ملزما بابقائه فى حفظه . فان تركه يتشرد دون أن يتخذ الاجراءات الكفيلة برده اليه ، أو عهد بحفظه الى شخص أساء اختياره ، كان مخطئا خطأ شخصيا ومسئولا عن هذا الخطأ مسئولية مباشرة طبقا للمادة ١٥١ فقرة أولى . ومسئوليته هذه هى التى تنتهى تبعا لانتهاء واجب الحفظ بمجرد بلوغ الولد . أما ان استبقى الأب ولده فى حفظه ، سواء أكان ذلك فى أثناء قيام واجب الحفظ الذى ينتهى بانتهاء الولاية على النفس وتنفيذا لهذا الواجب ، أم كان بالتراضى على ذلك بين الطرفين بعد انتهاء واجب الحفظ ، فان وجود الولد فى حفظ أبيه وخضوعه لسلطته يجعل حالة الرعاية قائمة بينهما ويكفى لتوافر مسئولية الأب عن فعل ولده مسئولية مفترضة طبقا للمادة ١٥١ فقرة ثانية باعتباره راعيا له بصرف النظر عن سن الولد (*) .

(*) وقد أخذ مشروع تنقيح القانون المدنى بوجهة النظر هذه فى المادة ٢٤١ من المشروع التمهيدى المطبوع سنة ١٩٤٠ ، وكان نصها كما يأتى : « كل من يجب عليه ، قانونا أو اتفاقا ، رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويبقى هذا الالتزام قائما حتى لو كان من وقع منه العمل الضار شخصا غير مميز . » .

وقد أخذ التقنين المصرى الجديد بالفكرة الاساسية فى هذا الرأى حيث نص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ منه على أن « يعتبر القاصر فى حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته » فاعتبر الصغير فى رعاية أبيه قانونا حتى يبلغ الخامسة عشرة وسواء كان يقيم معه أو لا ، ما لم يثبت أن الولد كان وقت ارتكابه الفعل الضار فى رعاية شخص آخر كالأم فى أثناء حضانتها ولدها ، وكالمربى أو المدرس او معلم الحرفة أثناء وجود الولد فى رعايتهم . اما بعد هذه السن والى أن يبلغ الصغير سن الرشد فقط — لان النص خص القاصر بهذا الحكم — فلا يعتبر فى رعاية أبيه الا اذا كان يعيش فى كنفه . ومعنى ذلك أن يكون الصغير يعول فى معيشته على أبيه ويخضع لاشرافه ولو لم يكن مقيما معه .

ويبين من ذلك أن التقنين الحالى يشترط فى مساءلة الأب مسئولية مفترضة عن اعمال ولده غير المشروعة أن يكون الولد قاصرا وقت ارتكابه =

٤ — مسئولية الأب عن أعمال ابنه ، ومتى تنتهى ؟ (*) :

نصت المادة ١٥١ فقرة ثانية مدنى على مسئولية الشخص عمن هم تحت رعايته . وقد طبقت المحاكم ذلك على مسئولية الأب عن أعمال ابنه المشمول برعايته ، ولكنها اختلفت فيما يتعلق بسن الولد التى تنتهى ببلوغه اياها مسئولية أبيه عن أعماله ، فذهب فريق الى أن مسئولية الأب تمتد مادام الولد فى رعايته ولم يبلغ سن الرشد القانونى وهى احدى وعشرون سنة ، وذهب فريق آخر الى أن هذه المسئولية تنتهى بانتهاء الولاية على النفس أى ببلوغ الولد سن الخامسة عشر على أكثر تقدير . وقد أيدت محكمة النقض هذا الفريق الأخير بحكميها الصادرين فى ٤ يناير ١٩٤٣ وفى ٣ مايو ١٩٤٣ اللذين علقنا عليهما فى حينهما (١٧ مكرر) وقلنا ان هذا الرأى لا يتفق مع القانون ولا مع العدالة ، لأن القانون لم يشترط الا أن يكون مرتكب الفعل الضار فى رعاية غيره حتى يسأل عنه هذا الغير ، ولأن العدالة تأبى أن يفلت الأب من المسئولية عن أفعال ولده الضارة بمجرد بلوغ الولد البلوغ الذى تنتهى به الولاية على النفس وقد يكون ذلك فى سن لا تجاوز الثانية عشرة واعتبرنا مجرد وجود الولد

= هذه الاعمال وخاضعا لرقابته قانونا أو فعلا . كما يبين أن القانون يعتبر الولد فى رعاية ابيه قانونا حتى يبلغ الخامسة عشرة . أما بعد ذلك فلابد أن يثبت أن الولد كان لايزال فى كنف أبيه أى أنه مازال خاضعا فعلا لرقابته . ومتى ثبت ذلك تعين على المحكمة أن تأخذ بمسئولية الأب المفترضة دون حاجة الى أثبات خطئه ، والا فان حكمها يكون متعين النقض ولو تذرعت فيه بعدم ثبوت أى خطأ فى جانب الأب وليس معنى ذلك أن الأب لا يسأل عن أعمال ولده لمجرد بلوغ الاخير سن الرشد ولو كان مجنونا أو معتوها ، اذ أن القانون كما فرض على بعض الاشخاص واجب رقابة غيرهم ممن يكونون فى حاجة الى الرقابة بسبب صغر سنهم فرضه أيضا بالنسبة الى من تكون بهم عاهة عقلية أو جسمية تجعلهم فى حاجة الى الرقابة . ومن البدهى أن يقع واجب رقابة البالغ المجنون أو المعتوه فى الاصل على عاتق أبيه ، ما لم يثبت هذا أنه قد وضع ولده المذكور فى رعاية شخص آخر وتحت رقابته .

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٩ عدد مارس ويونيه ١٩٤٩ .

(١٧ مكرر) أنظر ما تقدم فى ص ٣٦٢ وما بعدها .

فى رعاية أبيه كافيا لمساءلة الوالد عن أعمال ولده بقطع النظر عن سن الولد (أنظر القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٥ وما بعدها ، يراجع ما تقدم فى ص ٣٦٢ وما يليها) •

والظاهر أن المحاكم الابتدائية والاستئنافية لم تقتنع بعد بالرأى الذى أخذت به محكمة النقض فى الحكمين المذكورين ، فقد ذهبت محكمة الاستئناف فى حكم حديث لها الى الرأى الآخر وقالت فيه انه بالنسبة لما دفع به المسئول عن الحقوق المدنية (الأب) الدعوى المدنية المرفوعة عليه من بلوغ المتهم السن التى لا يجوز معها اعتباره مسئولا عنه ، فالثابت أن المتهم كانت سنه وقت ارتكاب الفعل الضار بين ١٧ و ١٨ سنة وحيث انه وان كان المتهم قد جاوز حد الولاية على النفس الا أنه لازال فى كنف والده وهو الذى ينفق عليه فى استكمال دراسته وفى معيشته اجمالا • ومن مال الوالد استأجر الولد الموتوسيكل الذى ارتكب به هذا الحادث مما يستوجب مسئولية الوالد مدنيا لعدم قيامه بواجب رعاية المتهم وملاحظته الملاحظة التى تمنعه من التورط فيما وقع فيه ؛ ولذلك يكون مسئولا فى حدود المادة ١٥١ مدنى اذ أن المتهم لم يبلغ بعد سن الرشد القانونى » • (أنظر حيثيات هذا الحكم فى صلب حكم النقض الآتى ذكره) •

وهذا الذى أخذت به محكمة الاستئناف يتفق الى حد كبير مع الرأى الذى قلنا به فى تعليقاتنا السابقة •

غير أن محكمة النقض ثبتت على قضائها السابق ، ونقضت هذا الحكم بحيثية واحدة قالت فيها : « وحيث ان الحكم المطعون فيه قد أخطأ اذ اعتبر الوالد مسئولا عن عمل ابنه بعد أن كان هذا قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره وقت ارتكاب الواقعة لأن الحفظ بالنسبة الى الصغير مرتبط بالولاية على النفس وينتهى بانتهائها » • (نقض جنائى ١٧ فبراير ١٩٤٧ مجموعة عاصم للنقض الجنائى ٢ — ٢٧ — ٢١) •

ولأن هذا الحكم لم يأت بأسباب جديدة غير الأسباب التى فندناها فى تعليقاتنا السابقة نكتفى بالاشارة اليه مع التنبيه الى أن المشرع ذهب فى التقنين المدنى الجديد مذهبا يختلف عن رأى محكمة النقض وهو أقرب ما يكون الى الرأى الذى قلنا به فى ظل القانون الملغى ، وقد نص على ذلك فى المادة ١٧٣ مدنى جديد التى تقضى بأن : « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز ، ويعتبر القاصر فى حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمس عشر سنة أو بلغها وكانن فى كنف القائم على تربيته ... » .

وظاهر من هذا النص أنه يعتبر الولد فى رعاية أبيه بقوة القانون الى أن يبلغ الخامسة عشرة ، فيسأل عنه أبوه ولو كان الولد خارجا بالفعل عن سلطة أبيه لأن الأب يكون فى هذه الحالة الأخيرة مقصرا فى عدم الاحتفاظ بسلطة الرقابة على ابنه . أما اذا بلغ الولد الخامسة عشرة فلا يسأل عنه أبوه الا اذا ثبت أن الولد بقى فى كنف أبيه أى ظل خاضعا لرعايته . وغنى عن البيان أن عبء اثبات ذلك يقع فى هذه الحالة الأخيرة على المدعى بالتعويض ، فيكون الأصل أن الأب غير مسئول عن ابنه الذى جاوز الخامسة عشرة ما لم يثبت المدعى أن الولد بقى رغم تجاوزه هذه السن عائشا فى كنف أبيه أى خاضعا لرعايته .

(ب) مسئولية المربى ومسئولية المدرسة

١ — مسئولية المربى عن أعمال تلامذته وأثر ظرف المفاجأة فى تعدى تلميذ على زميل له (*) : نصت المادة ١٥١ فقرة ثانية / ٢١٣ مدنى على الزام الانسان بتعويض الضرر الناشىء للغير عن اهمال من هم تحت

(*) منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ٧ عدد أبريل ١٩٣٧ ص ٦٥١ وما بعدها .

رعايته ، أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عدم ملاحظته اياهم ، ولم تبين الأشخاص الذين يسألون عن أفعال الغير كما بينتهم المادة ١٣٨٤ فرنسى ، ولكن الفقه والقضاء فى مصر لم يترددا فى تقرير مسـئولية الأشخاص الذين ذكرتهم المـادة الفرنسـية (وهم الأب والأم ، والمربى ، ورب الحرفة ، والمخدوم ، والسيد) بالاستناد الى النص العام ، الذى ورد فى المادة المصرية (راجع سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٢٣ وما بعدها ، وباللغة الفرنسية ص ١٩) •

والاجماع منعقد على أن النصوص الفرنسية والمصرية التى قررت ذلك انما أنشأت قرينة قانونية بسيطة يجوز اسقاطها بالدليل العكسى ، وهو دليل انتفاء الخطأ أو انتفاء السببية ، فيما عـدا مسئولية المخدوم والسيد (أنظر المرجع السابق ص ١١٧ وما بعدها ، وباللغة الفرنسية ص ١١٥) ، وقد نصت على ذلك صراحة الفقـرة الخامسة من المـادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى ، والمحاكم المصرية طبقت حكم هذه الفقرة مع عدم ورود نصها فى مجموعة القوانين المصرية (استئناف مصر ١٣ مايو ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٢٣٩ — ١٢٨ ، ٣١ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٩٩٠ — ٤٩٤ ، أسيوط الابتدائية ٨ نوفمبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٤٢٥ — ٢٢٢ ، نقض مصرى مدنى ١٩ نوفمبر ١٩٣٤ المحاماة ١٥ — ١ — ١٩٨ — ٩٤ • وانظر عكس ذلك الاسكندرية الأهلية (جنح مستأنفة) ٢٦ يونيه ١٩٢٩ المحاماة ١٠ — ١٠١ — ٣٨) (١٨) •

وتطبيقا لذلك حكمت محكمة الزقازيق الكلية فى ٢٥ فبراير ١٩٣٥ (المحاماة ١٦ — ٧٤٠ — ٣٤٢) بنفى المسئولية عن المربى لثبوت عـدم تقصيره فى رقابة تلامذته وقت الحادث ، وأضافت الى ذلك أيضا انتفاء السببية بين وقوع الحادث وبين ما يمـكن تصور حصوله من تقصير فى الرقابة من جهة المربى • فقالت بعد أن أثبتت قيام المربى بواجب الرقابة

---

(١٨) وقد نصت على ذلك المادة ١٧٣ من التقنين المدنى الحالى .

على الوجه الأكمل : « انه من المقرر أن مسئولية الانسان عن تعويض الضرر الناشىء عن أعمال من هم تحت رعايته أساسها الخطأ من جانب ذلك الانسان ، أى انه لا مسئولية الا اذا كان هناك اهمال أو تقصير فى الرقابة ، وكانت هناك علاقة ارتباط مباشر بين الخطأ والحادث الذى يطلب عنه التعويض . والحادث (فى واقعة الدعوى الحالية) ما كان متوقعا ولا ممكنا اتقاؤه وتلافيه أو التكهن بوقوعه ، لسرعة حصوله وعدم وجود مقدمات له ، فالمجنى عليه وقف يذاكر بعد انتهاء اللعب فما كان من المتهم الذى كان واقفا بالقرب منه مع بعض زملائه الا أن باغته وأخذه على غرة فأوقعه ، (وأحدث كسرا بذراعه) ، وما كانت الرقابة لو تصورناها فى أشد صورها لتحول دون وقوع ذلك الحادث ، اذ أنها فكرة خطرت بذهن المتهم لا سلطان لأحد عليها غير ارادته ولا سبيل الى استطلاعها قبل تنفيذها ، وقد جاء تنفيذها سريعا لم يسمح بالحيلولة دون تمامه ، وحصول الحادثة على هذا النحو من السرعة والمفاجأة معناه أنها كانت تقع مهما كانت الرقابة شديدة وحازمة ودقيقة ، اذ ما كان يمكن تلافيها بحال ، ومفهوم من ذلك بداهة أن نقص الرقابة لم يكن هو السبب الذى أنتج الحادثة ، بل كان وقوعها محتملا ولو مع الرقابة الشديدة » .

وقد كان فى وسع المحكمة أن تكتفى بمجرد ثبوت انتفاء الخطأ وقيام المربى بواجب الرقابة على الوجه الأكمل ، ولكنها أحسنت صنعا اذ أضافت الى هذا السبب الذى هدمت به ركن الخطأ المفترض اللازم لقيام المسئولية ، سببا آخر هدمت به ركن السببية لا لأنها رأت وجوب اجتماع هذين السببين من أسباب دفع المسئولية ، بل لأنها أبرزت أثر انتفاء السببية فى دفع المسئولية ، اذ كثيرا ما يغفل الباحثون أمره مع أنه أبعد مدى من أثر مجرد انتفاء الخطأ (راجع فى شأن ذلك سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٠٠ وما بعدها و ص ١٥٣ وباللغة الفرنسية ص ٩٦ و ١١٧) .

٢ ـ مسئولية المعلم المفترضة وجواز دفعها باثبات وقوع الحادث مفاجأة (*) :

قررت محكمة النقض فى ٢١ أكتوبر ١٩٤٦ أن : « ليس للمعلم أن يتمسك بأن الحادثة كانت نتيجة حادث فجائى ليتخلص من المسئولية الا اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة المفروضة عليه » (مجموعة عاصم للنقض المدنى ١ ص ٤٠ رقم ١٠ المحاماة ٢٧ ملحق مدنى ٣٨٦ — ١٦٠) .

وظاهر أن تقرير المبدأ بهذا الشكل يجب أن يكون محل نظر . ذلك أن مسئولية المعلم ومسئولية المرء عمن هم تحت رعايته بوجه عام اما أن تقوم على القواعد العامة فيجب فيها اثبات خطأ المسئول ، واما أن تقوم على النص الخاص الذى يجعل هذه المسئولية مقررة ابتداء ومستندة الى افتراض الخطأ فى الرقابة وافتراض السببية بين هذا الخطأ المفترض والضرر (المادة ١٥١ فقرة ثانية) . فاذا بنيت المسئولية على القواعد العامة وثبت فيها خطأ المسئول ورابطة السببية بين هذا الخطأ والضرر ، فلا محل بعد ذلك للتذرع فى دفعها بوقوع الحادث مفاجأة . أما اذا بنيت المسئولية على أساس الخطأ والسببية المفترضين ، فانه يكتفى فى دفعها بأحد أمرين : اما نفى الخطأ واما نفى السببية . ويكون نفى الخطأ باقامة المربى أو المعلم الدليل على أنه قام بكل ما يفرضه عليه واجب الرقابة ، ويكون نفى السببية باقامة الدليل على أن الضرر كان لابد واقعا ولو لم يحصل من المعلم أو المربى خطأ فى الرقابة ، أى على أن الخطأ المفروض فى جانبه لم يكن هو السبب فى حدوث الضرر (راجع سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١١٨) .

وقد أثير أمام محكمة النقض فى قضية سابقة البحث فيما اذا كان يجوز للمربى أن يدفع مسئوليته بأن الحادث وقع مفاجأة ، وكانت محكمة

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٩ عدد مارس ويونيه ١٩٤٩ .

الموضوع قد أجازت ذلك ، فطعن فى حكمها بأنه أخطأ فى تفسير القانون وتطبيقه بأن نفى المسئولية عن ناظر المدرسة بحجة أن الحادثة وقعت فجأة مع أن القانون المصرى لم يأخذ بما أخذ به القانون الفرنسى من اعتبار المفاجأة سببا معفيا من المسئولية المدنية . فحكمت محكمة النقض بتاريخ ١٩ نوفمبر ١٩٣٤ : « بأن زعم المدعى المدنى بأن المفاجأة لا يمكن اعتبارها فى القانون المصرى سببا للاعفاء من المسئولية المدنية ما لم ينص عليها فيه ، لا يعبأ به اذ الأمر ليس بحاجة الى نص خاص بل يكفى فيه تطبيق مبادىء القانون العامة التى منها وجوب قيام علاقة السببية بين الخطأ والحادث الذى أنتج الضرر ، وبغير ذلك لا يمكن الحكم بالتعويض على مرتكب الخطأ ، وان القول بحصول الحادث فجأة معناه أن الفعل كان يقع ولو كانت الرقابة شديدة ، اذ ما كان يمكن تلافيه بحال . ومفهوم من ذلك بداهة أن نقص الرقابة لم يكن هو السبب الذى أنتج الحادث ، بل كان وقوعه محتملا ولو مع الرقابة الشديدة (المحاماة ١٥ — ١ — ١٩٨ — ٩٤ وقد حكمت بذلك أيضا محكمة الزقازيق الكلية فى ٢٥ فبراير ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ٧٤٠ — ٣٤٢ واستندت فى ذلك الى حكم النقض سالف الذكر) .

ويخلص من ذلك أن محكمة النقض تعتبر أن اثبات وقوع الحادث مفاجأة دليل على انتفاء السببية بين الخطأ المفترض ووقوع الفعل الضار ، وأن ذلك يكفى وحده لدفع مسئولية المربى المفترضة دون حاجة لاقامة المربى الدليل على أنه قام بواجب الرقابة المفروضة عليه . وهذا هو الذى يتفق مع المبادىء العامة ومع الأساس الذى تقوم عليه مسئولية المربى المفترضة .

فهل قصدت محكمة النقض بما قررته فى حكمها محل هذا التعليق أن تحيد عن المبادىء التى سبق أن قررتها فى سنة ١٩٣٤ ؟ لا شك عندى فى أنها لا يمكن أن تكون قد قصدت ذلك ، والغالب أن عبارتها الأخيرة متأثرة بوقائع الدعوى التى كانت معروضة عليها ، ويعوزها شىء من

الدقة والتحديد يجعلها تستقيم مع المبادىء العامة وتتفق مع القضاء السابق •

وتلخص وقائع الدعوى فى أن عز الـدين أفنـدى المدرس أعطى التلميذ عبد العظيم ورقة وكلفه أن يكتب فيهـا أسماء التـلاميذ الذين يحدثون الضجة والغوغاء ، فأحدث التلميذ محمد عبد الوهاب الضجة ، فأنذره عبد العظيم أنه سيكتب اسمه فضربه محمد عبد الوهاب عمـدا بالريشة فى عينه اليمنى ، وقد اعتبرت المحكمة المدرس مخطئا فى تكليف التلميذ عبد العظيم وهو لم يبلغ السابعة من عمره بالمراقبة وبكتابة أسماء زملائه المشاغبين ، وأن هذا التكليف كان السبب فى الحادث اذ هو من شأنه أن يثير حفيظة التلاميذ المشاغبين ، ثم خلصت الى القول بمسئولية المدرس طبقا للمادة ١٥١ مدنى ، ولمسئولية الوزارة طبقا للمادة ١٥٢ مدنى ، وتمسكت الوزارة بأن الحادث وقع مفاجأة ، ولم ترد محـكمة الاستئناف على ذلك فطعنت الوزارة فى الحكم ، وردت محكمة النقض على هذا الطعن بالعبارة التى صدرنا بها هذا التعليق •

ويبين من ذلك أن محكمة النقض كانت فى الحكم محل هذا التعليق فى صدد مسئولية مبنية على خطأ وسببية ثابتين وفقا للقواعد العامة ، لا فى صدد مسئولية مفترضة تقوم على خطأ وسببية مفروضين ويجوز دفعها بنفى الخطأ أو نفى السببية • فهى اذن قررت أن ليس للمعلم أن يتمسك بأن الحادثة نتيجة ظرف فجائى ليتخلص من المسئولية الا اذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة المفروض عليه ، الأمر الذى لم يثبت فى هذه الدعوى بل ثبت عكسه • وانما قصدت المحكمة بذلك : « أن ليس للمعلم أن يتمسك بالمفاجأة متى ثبت أنه مقصر فى واجب الرقابة » •

وهذا لا ينفى صحة ما سبق أن قررته محكمة النقض فى سـنة ١٩٣٤ من أن مسئولية المربى المفترضة كما يجوز دفعها بنفى الخطأ يجوز أيضا بنفى السببية ، وبخاصة باقامة الدليل على أن الحادث وقع مفاجأة •

(جـ) مسئولية المدرسة عن ضمان سلامة التلاميذ فى رحلة مسئولية تعاقدية (*) :

نظمت مدرسة جمعية الايمان رحلة لتلاميذها فى المدرسة الابتدائية، وكلفت خمسة من مندوبيها مرافقة التلاميذ فى هذه الرحلة وملاحظتهم فى أثنائها . ولما جاء وقت الغذاء جلس المندوبون والتلاميذ تحت جميزة كبيرة ليأكلوا . وفى أثناء ذلك وصل اليهم خبر بأن أحد التلاميذ سقط من فوق ربوة عالية ، فهرعوا الى الجهة المعنية ، فوجدوا التلميذ مضرجا بدمائه ، فاقد النطق وأعقبت ذلك وفاته .

وقد قضت محكمة استئناف مصر فى ذلك بتاريخ ٢٤ ديسمبر ١٩٣٩ (المحاماة ٢٠ — ١١٦٦ — ٤٩٣) (٢٠) بأن ادارة المدرسة التى ترتب أمر رحلة تلاميذ مدرستها الابتدائية تلتزم قبل أهليهم برعايتهم . وعلى ذلك فهى ضامنة سلامتهم وردهم اليهم وتكون مسئولة عن كل ما يصيبهم فى هذه الرحلة مسئولية تعاقدية تترتب عليها بمجرد اصابتهم ، وعليها هى يقع عبء اثبات عذرها .

وقد أصابت المحكمة فى تكييف هذه المسئولية بأنها تعاقدية ، كما أصابت من الناحية الموضوعية فى الزام المدرسة بالتعويض عن هذا الحادث ، حيث قد ثبت الخطأ على مندوبى المدرسة فى اغفالهم ملاحظة هذا التلميذ وفى عدم التحقق وقت جلوسهم للغذاء من أن كل التلاميذ موجودون معهم . ولكنها من الناحية القانونية لم تكن موفقة اذ قررت أن ادارة المدرسة لا تخلص من مسئوليتها (٢١) فى هذه الحالة

(*) منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ١٣ عدد مارس وابريل ومايو ١٩٤٣ ص ٣٤٤ وما بعدها .

(٢٠) انظر ايضا استئناف مصر ٧ ابريل ١٩٤٠ المجموعة ٤٢ — ٨٩ — ٥٥ .

(٢١) يراجع فى ذلك مؤلفنا فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية سنة ١٩٧١ ص ٥٥ وما بعدها .

الا باقامتها هى الدليل على عذرها « بأن تثبت ـ حسب أقل آراء الفقهاء تشددا فى هذا الصدد ـ أن مندوبيها فى الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضى ، وان تقصيرا لم يقع منهم ، وان أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ » • وقد أشارت المحكمة فى ذلك الى كتـــاب مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ١٨٨ والى ما ورد ذكره فى تلك الفقرة من مراجع فرنسية •

ووجه مجانبة المحكمة للصواب فى هذا الذى قررته أخيرا أنها اذ كيفت بحق مسئولية المدرسة فى هذه الحالة بأنها مسئولية تعاقدية كان يجب أن تقرر ان المدرسة لا يجوز لهـــا دفع هـــذه المسئولية الا باقامة الدليل على أن الحادث وقع بسبب أجنبى عنها (أى بقوة قاهرة أو بخطأ المصاب نفسه) طبقا لما نصت عليه المادة ١١٤٧ فرنسى ولما جرى اجماع الفقه والقضاء فى مصر على تفسير المادة ١١٩/١٧٧ به • أما قولها ان المسئولية التعاقدية يجوز للمدين دفعها بمجرد نفى الخطأ عن نفسه فانه مخالف للقانون ولا يصح الأخذ به بأى حال (راجع فى هـــذا الموضوع بحثا مطولا لنا فى كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنيـــة ص ٧٩ ومـــا بعدها ، وعلى الأخص ص ١٠٩ وما بعدها ، وباللغة الفرنسية من ص ١٠٧ الى ص ١١٢) •

وهذا هو رأى جميع الشراح المصريين ، فضلا عن الفرنسيين ، ومن بينهم الأستاذ مصطفى مرعى الذى استندت اليـــه المحكمة خطأ فيمـــا ذهبت اليه ، فانه يقرر فى عبارة صريحة لا تحتمل لبســـا ولا تأويلا أن « الوفاء بالالتزام واجب يفرضه العقد على الملتزم ، فاذا تراخى فيـــه أو امتنع عنه فهو مقصر بمجـــرد تراخيه أو امتناعه • وعليـــه أن أراد التخلص من التبعة عن هذا التقصير أن يقيم الدليل على عذره ، وهو لا يعذر الا اذا أثبت أن عدم قيامه بتنفيذ ما التزم به انما يرجع الى حادث جبرى أو قوة قاهرة أو يرجع الى خطأ غريمه وحده » (أنظر مصطفى

مرعى ص ٣ نبذة ٥ ، وأيضـــا فتحى زغلول ص ٢١٩ ، وهـــالتون جـ ١ ص ٢٦٧ ، والسنهورى فى كتاب العقد ص ٩٥٥ نبذة ٨٥١ ، و ص ٩٦٢ نبذة ٨٥٧) •

ويظهر أن المحكمة ما وقعت فى هـــذا الخطأ الا لأنهـــا خلطت بين مسئولية المدرسة مسئولية تعاقدية عن سلامة التلاميذ الذين عهد بهم اليها ، ومسئوليتها مسئولية تقصيرية عن الأضرار التى تقع من التلاميذ الموكولين الى رعايتها ، فان هذا النوع الأخير من المسئولية هو الذى يجوز دفعه بمجرد نفى الخطأ ، وهو الذى وردت بشأنه الفقرة ١٨٨ من كتاب مصطفى مرعى التى استندت اليها المحكمة حيث يقول فيها المؤلف عن مسئولية المعلمين وأرباب الصنائع عن أفعال من هم تحت رعايتهم من تلاميذ أو صبيان : « ان الرأى الراجح الذى تؤيده كثرة الشراح والذى أخذت به محكمة النقض الفرنسية يقضى بأن المعلم يخلص من المسئولية اذا أثبت أنه قام بواجب الملاحظة المفروض عليه على وجه مرض ، وان تقصيرا لم يقع منه ، وان أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة مـــا كانت لتحول دون وقوع الحادث الذى ترتبت عليه المسئولية » •

وكان جديرا بها بعد أن خطت الخطوة الأولى بتكييف مســـئولية المدرسة فى هذه الحالة بأنها مسئولية تعاقدية ، أن ترتب على هـــــذا التكييف نتيجته الطبيعية ، بدل أن تستعير له ما يترتب على المســـئولية التقصيرية ، فتشترط أن يكون دفع المسئولية بالسبب الأجنبى ، لا أن تقرر أن مجرد نفى الخطأ يكفى لذلك (راجع فى أهمية التفرقة بين اثبات السبب الأجنبى وبين مجرد نفى الخطأ كتـــابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٨٠ وباللغة الفرنسية ص ٧٥) •

٢ — مسئولية السيد والمتبوع عن فعل تابعه

(أ) فى تعيين مدى مسئولية السيد عن فعل تابعه (*) :

نصت المادة ١٥٢ أهلى / ٢١٤ مختلط / ١٣٨٤ فقرة ثالثة مدنى فرنسى على مسئولية السيد عن الضرر الناشىء للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعا منهم فى حال تأدية وظائفهم en exécutant leurs fonctions وهذه العبارة من القانون المصرى يقابلها فى القانون الفرنسى عبارة : dans les fonctions auxquelles ils les ont employés .

ويلزم لتطبيق هذا النص أن تتوافر أولا عناصر مسئولية التابع ، فيصبح السيد مسئولا معه مدنيا ازاء المصاب متى كان خطأ التابع واقعا منه فى حال تأدية وظيفته (أى خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات faute dans l'exercice même de la fonction) • (راجع كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٤٠٢ وما بعدها ، وباللغة الفرنسية ص ٤٢٢) •

ويرى فريق كبير من الشراح المتقدمين والحديثين أن مسئولية السيد يجب أن تقف عند هذا الحد ، أما اذا كان خطأ التابع وقع منه فى عمل لا يدخل فى ضمن وظيفته ، فلا يسأل عنه سيده ، وذلك لأن أساس مسئولية السيد خطؤه المفترض فى اختيار تابعه أو فى توجيهه ورقابته ، ولا محل لافتراض هذا الخطأ اذا كان عمل التابع وقع منه خارج حدود وظيفته (يراجع ما يلى فى ص ٣٩٣) •

غير أن القضاء بالرغم من تسليمه بأن أساس مسئولية السيد خطأ مفترض فى جانبه ، لم يقف بهذه المسئولية عند حد الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، بل توسع فيها كثيرا ، توسعا أصبح يتعذر معه القول

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٣ عدد يناير وفبراير ١٩٤٣ ص ١٥٥ وما بدها .

بأن هـــذه المسئولية ترتكز على أســـاس الخطأ . حتى ان بعض الشراح الأكثر تحمسا لاعتبـــار الخطأ أساسا للمسئولية بوجه عام اضـــطروا للتسليم بأن مسئولية السيد قوامها تحمل التبعة .

وقد أقر القضاء كثير من الشراح على بعض ما ذهب اليه من توسع ولم يقروه على البعض الآخر .

وقد أصدرت محـــكمة النقض والابرام المصرية حكمين حديثين فى هذا الشأن أحدهما بتاريخ ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ (المحاماة ٢١ — ١٩ — ١٨)، (٢٢) والثانى بتاريخ ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ (المحاماة ٢١ — ٨٥٢ — ٣٥٩) قررت فيهما المبادىء الآتية :

أ — ان القانون اذ نص فى المـــادة ١٥٢ مدنى على الزام الســـيد بتعويض الضرر الذى يصيب الغير عن أفعال خدمه متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظائفهم انما قصد بهذا النص المطلق أن يحمل المخـــدوم المسئولية المدنية عن الضرر الناتج عن كل فعل غير مشروع يقع من تابعه ، وذلك على الإطلاق اذا كان الفعل قد وقع فى أثناء تأدية الوظيفة ، بغض النظر عما اذا كان قد ارتكب لمصلحة التابع خاصة أو لمصلحة المخدوم ، وعما اذا كانت البواعث التى دفعت اليه لا علاقة لها بالوظيفة أو متصلة بها .

ب — واذا كان الفعل لم يقع من التابع وقت تأدية الوظيفة بالذات ، ففى هذه الحالة تقوم المسئولية كلما كانت الوظيفة هى التى ساعدت على اتيان الفعل الضار وهيأت للتابع بأية طريقـــة كانت فرصة ارتكابه لأن المخدوم يجب أن يسأل فى هذه الحالة على أساس اساءة خدمه استعمال الشئون التى عهد هو بها اليهم ، متكفلا بما افترضه القانون فى حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم فى كل ما تعلق بها .

وقد جاء فى حيثيات أحد الحكمين ما يأتى : « ان القانون لا يشترط

---

(٢٢) المجموعة ٤٢ — ٥٨ — ٣٤ .

لتحميل المخدوم المسئولية المدنيــة عن فعل تابعه أن يكون هــذا الفعل ــ كما ذهب اليه الحكم المطعون فيه ــ داخــلا فى طبيعة الوظيفة التى عهد بها الى التابع أو أن يقع منه بصفته هذه . بل يكتفى فى تقرير هذه المسئولية بأن يكون الفعل قد وقع من التابع أثناء تأدية الوظيفة أو أن تكون الوظيفة هى التى ساعدته على ارتكابه ولو كان بعيدا عن الوظيفة ولا اتصال له بها » ... « لأن المخدوم يجب أن يسأل فى هــذه الحالة (الأخيرة) على أساس اساءة الخدم استعمال الشئون التى عهد هو بها اليهم ... » (المحاماة ٢١ ص ٢١ و ص ٢٢) .

ويظهر من مجموع هــذه العبارات أن محكمة النقض والابرام لم تقصد بالفعل الذى يقع من التابع « فى أثناء تأدية الوظيفة » الأعمــال التى تدخل بطبيعتها فى حدود الوظيفة كما جرت على ذلك فى أحكامهــا السابقة (٢٣) ، وانما قصدت الأعمال التى تقع من التابع فى الوقت الذى يقوم فيه بوظيفته سواء أكانت تلك الأعمال داخلة فى ضمن أعمال الوظيفة أم غير داخلة فيها (٢٤) ويستفاد ذلك : (أولا) من قولها « ان القانون لا يشترط لتحميل المخدوم المسئولية المدنية عن فعل تابعه أن يكون هذا الفعل داخلا فى طبيعة الوظيفة ، بل يكتفى فى تقرير هذه المسئولية بأن يكون الفعل قد وقع من التابع أثناء تأدية الوظيفة ... » ، و (ثانيا) من المقابلة التى أجرتها محــكمة النقض بين الفعل الذى وقع من التابع أثناء تأدية وظيفته ، والفعل الذى وقع منــه فى غير تأدية وظيفته أى الذى لم يقع منه فى وقت تأدية وظيفته بالذات .

---

(٢٣) انظر نقض جنائى ٢٧ مارس ١٩٣٠ مجموعة القواعد القانونية الجنــائية ٢ رقم ١٤ ص ٦ ، ٢٩ مارس ١٩٣١ مجموعة القواعد القــانونية الجنائية ٢ رقم ٢٢٦ ص ٢٧٨ ، ٧ مايو ١٩٣١ مجموعة القواعد القــانونية الجنائية ٢ رقم ٢٥٣ ص ٣٠٣ ، ١٠ أبريل ١٩٣٣ (حكمين) مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٣ رقمى ١٠٣ و ١٠٤ ص ١٥٤ و ص ١٥٥ ، ٨ نوفمبــر ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٤ رقم ١٠٦ ص ٩٠ ، ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ص ٧٠٢ رقم ٣٠٧ ، ٨ ديسمبر ١٩٤١ المحــاماة ٢٢ — ٦٠٣ — ١٩٧ .

(٢٤) قارن فى هذا المعنى ايضا نقض جنائى ٨ نوفمبر ١٩٣٧ المحــاماة ١٨ — ٤٢٠ — ٢١٩ .

ونستطيع بعد هــذه الملاحظة أن نركز نظرية محــكمة النقض, فى النقط الآتية :

أ — ان السيد يسأل عن فعل تابعه ، سواء أكان ذلك الفعل خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات faute dans l'exercice même de la fonction أم كان اساءة لاستعمال شئون الوظيفة أو تجاوزا لحــدود الوظيفة abus de la fonction.

ب — ان مجرد وقوع الخطأ من التابع فى وقت تأدية وظيفته يجعل السيد مسئولا على الاطــلاق ، أى فى جميع الأحوال وبغض النظر عن البواعث التى دفعت التابع الى ارتكاب خطئه •

ج — ان ما يقع من التابع فى غير وقت تأدية وظيفته يعتبر اساءة لاستعمال شئون الوظيفة اذا كانت الوظيفة قــد ساعدت التابع على ارتكابه ، وتترتب عليه مسئولية الســيد ، مسئولية يصح فى تقــريرها النظر الى البواعث التى دفعت التابع الى ارتكاب الخطأ •

وقد رأينا أن نعرض لهذه المبــادىء على ضوء ما قررته الشراح والأحكام السابقة لكى نتبين مدى ما ذهبت اليه محكمة النقض فى هذين الحكمين •

منــــاقشة المبــادىء

مسئولية السيد عن الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، وعن الخطأ فى تجاوز حدود الوظيفة : قررت محكمة النقض أن مسئولية الســيد لا تقتصر على خطأ التــابع فى تأدية وظيفته فحسب ، بل تشمل أيضــا اساءة التــابع اســتعمال شئون الوظيفة • وقضــاؤها بذلك يتفق مع أحكامها السابقة (٢٥) •ويطابق ما جرى عليه القضاء الفرنسى (٢٦) ، وما

---

(٢٥) نقض جنائى ٢٢ مارس ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٤ — ٥٦ — ٦٢ والاحكام المشار اليها فيما يلى بمناسبة الصور المختلفة =

أقره فريق كبير من الشراح (٢٧) •

ونحن نرى مع الفريق الآخر من الشراح أن مسئولية السيد مسئولية استثنائية ، وأن النص الذى قررها لا يجوز التوسع فى تفسيره ، وأنه لا شك فى أن الفعل الذى يجاوز به التابع حدود وظيفته لا يمكن اعتباره واقعا منه حال تأدية وظيفته ولا تنطبق عليه المادة ١٥٢ ، فضلا عن أن اعتبار السيد مسئولا فى هذه الحالة لا يستقيم مع القول بأن اساس هذه المسئولية خطأ مفروض فى جانب السيد ، اذ لا يمكن أن يكون السيد مطالبا برقابة تابعه خارج حدود الوظيفة (٢٨) •

واذا قيل أن عبارة القانون المصرى فى المادة ١٥٢ أعم من مثيلتها فى المادة ١٣٨٤ فرنسى وأنها تتسع لأكثر مما تتسع له هذه العبارة الأخيرة (أنظر مصطفى مرعى فى كتابه القيم فى المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٢١٣ نبذة ٢٢٣) ، فان محكمة النقض المصريه قد رفضت

= للتجاوز فى حدود الوظيفة ، وانظر ايضا استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٢٣ ب ٣٦ ص ١٠٤ الفازيت ١٥ — ٨٧ — ١٣٠ • وانظر عكس ذلك نقض جنائى ٢٩ مارس ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ١٠٥ — ٥٩ •

(٢٦) انظر نقض فرنسى جنائى ٢٤ يونيه ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢ نبذة ٢٣٣ الى ٢٣٦ ، وتعليقات فوزييه هرمان على القانون المدنى طبعة سنة ١٩٣٨ ، المادة ١٣٨٤ نبذة ٥٣٤ •

(٢٧) بيدان جـ ٤ نبذة ١٢١٤ ، بودرى لاكانتيزى جـ ٤ نبذة ٢٩١٤ ، جوسران جـ ٢ نبذة ٥١٢ ، وكتاب النقل نبذة ٩٢٤ ، ديموج جـ ٥ نبذة ٩١٩ — ٩٢٢ •

(٢٨) ديمولومب جـ ٣١ نبذة ٦١٣ ، لوران جـ ٢٠ نبذة ٣٨٢ ، هيك جـ ٨ نبذة ٤٤٩ ، أوبرى ورو الطبعة الخامسة جـ ٦ ص ٤٠١ نبذة ٤٤٧ ، رو Roux فى مجلة سيرى ١٩١٤ — ٢ — ١٧٧ ، اسمان فى المجلة الانتقادية ١٩٢٤ ص ٢٠١ ، بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ نبذة ٦٥٠ ، سوردا جـ ٢ ص ١٢٥ نبذة ٩٠٠ ، مازو جـ ١ نبذة ٩١١ و ٩١٢ ، بيرسون ودى فيليه جـ ١ ص ٢٦١ و ص ٢٧٥ ، دى باج جـ ٢ نبذة ٩٨٩ ، بهجت بدوى فى رسالته ص ١٦٩ ، وانظر فى هذا المعنى نقض جنائى ٢٩ مارس ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ١٠٥ — ٥٩ مجموعة القواعد الجنائية جـ ٢ ص ٢٧٨ رقم ٢٢٦ ، وراجع كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٤٠٥ وباللغة الفرنسية ص ٤٢٧ •

الأخــذ بذلك اذ قررت أخيرا بتاريخ ١٤ مايو ١٩٤٢ (٢٩) أن العبارتين مؤداهما واحد ، لا فرق بينهمـــا الا من حيث اختيار الشـــارع المصرى تعبيرا أكثر دقة فى الدلالة على المعنى المقصود •

غير أننـــا ازاء اطراد الأحكام عندنا وفى فرنسا على اعتبار السيد مسئولا حتى عن تجاوز تابعه حــدود الوظيفة ، لا يسعنا الا أن نسلم بذلك ، لا على أنه يدخل بطبيعته فيما نص عليه القانون ، بل على اعتباره امتدادا لمسئولية السيد اقتضاه تطور الحياة العملية ، وأملى على المحاكم ضرورة الأخذ به تحقيقا للعــدالة • وليس هــذا التوسع القضــائى فى المسئولية المدنية الأول ولا الأخير من نوعه •

واذا كان الشراح قد اختلفوا فى تعيين الأساس الذى ترتكز عليــه مسئولية السيد عن خطأ تابعه الذى يقع منه فى تأدية وظيفته بالذات ، فقال بعضهم ان أساس مسئولية السيد خطأ مفروض فى جانبه (٣٠) ، وقال آخرون بل هو فكرة تحمل التبعة أو نظرية الغرم بالغنم (٣١) ، واذا كنـــا نؤيد الرأى الأول فى هــذه الصورة من خطأ التابع (٣٢)، فاننـــا لا نستطيع ذلك فى حــالة تجاوز التابع حــدود وظيفتـــه ، بل نرى أن مسئولية السيد فى هذه الحالة مسئولية مكملة لمسئوليته عن الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات أو ملحقة بها ، وأنهـــا ترتكز لا على أساس من الخطأ المفروض فى جانب الســـيد ، بل على أساس من تحمـــل التبعة (أنظر روتسائرت ص ١٣٣ و ص ١٣٩) •

---

(٢٩) ملخص فى هامش المجموعة المدنية للاستاذ الكبير محمد كامل مرسى طبعة سنة ١٩٤٢ ص ١٣٨ •

(٣٠) أنظر ديمولومب فى العقود جـ ٨ نبذة ٦١٠ ، لوران جـ ٢٠ نبــذة ٥٧٠ ، بودرى فى الالتزامات جـ ٤ نبــذة ٢٩١١ ، بيدان جـ ٤ نبــذة ١٢١١ ، روتسائرت ص ١٢٥ — ١٣٢ والمراجع العديدة التى أشار اليها •

(٣١) أنظر كولان وكابيتان الطبعة السابعة جـ ٢ نبذة ٢١٠ ، ديموج جـ ٥ نبذة ٨٨٢ ، جوسران جـ ٢ نبذة ٥١٣ وتعليقه فى سيرى ١٩٣٤ — ١ — ٨ والمراجع العديدة التى ذكرها روتسائرت ص ١١٩ •

(٣٢) أنظر كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ١٢٠ وباللغة الفرنسية ص ١٢١ •

أهمية التفرقة بين الخطأ فى تأدية الوظيفة والخطأ فى تجاوز حدود الوظيفة : على أن الظاهر من أحكام محكمة النقض الفرنسية أنها لا تميز بين هذين النوعين من الخطأ ، وانه يستوى عندها تكييف عمل التابع بأنه خطأ فى تأدية الوظيفة أو تجاوز فى حدود الوظيفة ، لأنها ترتب عليه فى الحالتين نتيجة واحدة هى مسئولية السيد بدرجة واحدة . وقد أدى بها ذلك الى عدم التدقيق فى تكييف عمل التابع من هذه الناحية ، واقتصر همها على البحث فيما اذا كان هذا العمل يدخل فى ضمن الأعمال التى تستتبع مسئولية السيد أو لا يدخل فيها .

أما حكما النقض المصرى موضوع هذا التعليق ، فيبدو أنهما يميزان بين نوعين من أخطاء التابع التى تترتب عليها مسئولية السيد : أحدهما وهو ما يقع منه فى الوقت المخصص لتأدية وظيفته (والظاهر أن محكمة النقض تعتبره خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات أو على الأقل ملحقا بهذا النوع من الخطأ) وترتب عليه مسئولية السيد على الاطلاق ، أى بغض النظر عما اذا كان الفعل قد ارتكب لمصلحة التابع خاصة أو لمصلحة المخدوم ، وعما اذا كانت البواعث التى دفعت اليه لا علاقة لها بالوظيفة أو متصلة بها . والثانى وهو ما يقع من التابع فى غير الوقت المخصص لتأدية الوظيفة بالذات ، ويعتبر اساءة لاستعمال شئون الوظيفة ، ولم ترتب عليه محكمة النقض تلك المسئولية المطلقة التى رتبتها على النوع الأول من الخطأ .

فاذا كان الأمر كذلك ، ظهرت أهمية التدقيق فى تكييف عمل التابع بأنه خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، فتترتب عليه مسئولية مطلقة ، أو انه اساءة لاستعمال شئون الوظيفة ، فتكون المسئولية عنه غير مطلقة ، كما تظهر أيضا أهمية تعيين الحد الأقصى الذى تنتهى عنده مسئولية السيد .

الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات : يرى الدكتور بهجت بدوى أنه يشترط فيما يعتبر خطأ فى تأدية الوظيفة أن يكون فعلا داخلا بطبيعته فى ضمن أعمال الوظيفة وأن يقوم به التابع بصفته تابعا (بهجت بدوى فى

رسالته عن مسئولية السيد ص ١٦٦ ، والأستاذ رو Roux فى تعليق بمجلة سيرى ١٩١٤ — ٢ — ١٧٧)، وقد أخذت بهــذا الرأى محــكمة الجنايات فى حكمها الذى نقضته محكمة النقض بتاريخ ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ (المحاماة ٢١ ص ٢٢) .

ويلاحظ على هذا الرأى أن عبارته عامة وأن الضابط الذى يعول عليه يحتاج هو نفسه الى التحديد .

ويعتبر الأستاذان هنرى وليون مازو — ومن رأيهما قصر مسئولية السيد على حالات الخطأ فى تأدية الوظيفة — هذا النوع من الخطأ متوافرا كلما أساء التابع تنفيذ التعليمات الصادرة اليه ، فيضيقان بذلك دائرة الخطأ فى الوظيفة غاية التضييق (مازو ج ١ نبذة ٩٠٦) .

أما الأستاذان بيرسون ودى فيليه — وهمــا أيضــا يريان قصر مسئولية السيد على حالات الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات — فانهمــا يضيفان الى رأى الأستاذين مازو شرطا آخر ، هو أن يكون الخطأ وقع من التابع حال قيامه بعمل لحســاب سيده ، وفى مصلحة سيده ، وبناء على تعليماته ، سواء أكان هذا الخطأ ناشئا عن القيام بذات الأعمال التى تفرضها الوظيفة على التابع ، أو عن سوء تنفيــذ هــذه الأعمال أو عن تقصير فيما يجب مراعاته عند القيام بهذه الأعمال من مهارة ودقة وحيطة ويقظة (بيرسون ودى فيليه فى المسئولية المدنية سنة ١٩٣٥ ج ١ ص ٢٧٦) .

والذى نستخلصه من هــذه الآراء فى جملتها ، أنه يعتبر داخلا فى ضمن أعمال الوظيفة كل خطأ ايجابى أو سلبى فيما تفرضه الوظيفة من واجبات على التابع (قارن هالتون ج ١ ص ٣٦٢)، ومثل ذلك أن يخالف السائق اللوائح بتجاوزه السرعة المقررة ، أو بالسير على اليسار بدلا من السير على اليمين ، أو أن يترك السيارة فى عهدة شخص أجنبى (نقض فرنسى ٦ مايو ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ٢ — ١٣٠) ، أو أن يخطىء

المرض بأن يعطى المريض سما بدل الدواء (استئناف مصر ٢٩ فبراير ١٩١٩ المجموعة ٢٢ — ٦٧ — ٣٦ ، ٢٩ مارس ١٩٢٠ المجموعة ٢٢ رقم ٦) ، أو أن يقصر عامل الجراج فى حراسة سيارة مودعة لديه فتسرق ، أو أن يقصر ساعى البريد فى تسليم خطاب الى المرسل اليه فيفقده أو يختلسه (مصر الابتدائية استئنافى ٢٨ أكتوبر ١٩٠٧ المجموعة ٩ رقم ١٧) ، أو أن يهتك سائق سيارة مدرسية عرض تلميذة عهد اليه فى ايصالها الى منزلها ، أو أن يعهد الى خفيرين فى حراسة صراف فى ذهابه الى المركز ، فينقضا عليه ويقتلاه فى الطريق (استئناف ١٨ نوفمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ — ١١٥ — ١١٦) .

الخطأ بتجاوز حدود الوظيفة : وباستقراء أحكام القضاء ولا سيما القضاء الفرنسى وجدنا أنه لجأ فى التوسع فى مسئولية السيد الى صيغ مختلفة :

ففى بعض الأحكام يقرر أنه لا يشترط أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ فى تأدية وظيفته بالذات ، بل يكفى أن يكون الخطأ قد وقع منه بمناسبة أعمال وظيفته (٣٣) ، وهو يقصد بذلك تارة الخطأ الذى يرتكبه التابع بسبب الوظيفة ، وتارة أخرى ما يقع منه فى الوقت والمكان المعينين لتأدية الوظيفة ، وأحيانا ما تكون الوظيفة قد هيأت للتابع وسيلة ارتكابه .

وفى أحكام أخرى يقرر مسئولية السيد عما يرتكبه التابع بمناسبة تأدية وظيفته ولو كان فى ذلك متجاوزا حدود وظيفته (٣٤) .
a loccasion des fonctions meme s,ilya abus de fonctions

---

(٣٣) انظر بالنسبة للقضاء المصرى نقض جنائى ١٠ أبريل ١٩٣٣ حكمين فى المحاماة ١٤ ص ٤ و ٥ رقمى ٣ و ٤ ، مجموعة القواعد الجنائية ج ٣ ص ١٥٤ — ١٥٥ رقمى ١٠٣ و ١٠٤ ، ٨ ديسمبر ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٦٠٣ — ١٩٧ ، الاسكندرية الابتدائية ٤ ديسمبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ — ٥٩٤ — ٢٩٧ استئناف مختلط ١ نوفمبر ١٩٣٢ (٤٥ — ٣٠) ، ١٩٣٥/٣/١٤ (٤٧ — ١٩٧) .

(٣٤) نقض فرنسى ٣٠ يناير ١٩٣٥ سيرى ١٩٣٥ — ١ — ١٤٤ ، ١٨ =

وقد توحى هذه الصيغة الأخيرة الى الذهن بادىء الأمر أن الخطأ بمناسبة الوظيفة أدنى الى الخطأ فى تأدية الوظيفة من الخطأ بتجاوز حدود الوظيفة ، أو أن هذا النوع الأخير من الخطأ يغلب فيه أن لا يستتبع مسئولية السيد • ولكن مما يقطع بعدم صحة هذا الايجاء صيغة أخرى هى الأكثر ورودا فى أحكام النقض الفرنسى تقرر أن السيد يسأل ليس فقط عن العمل الضار الذى يرتكبه التابع فى تأدية أعمال وظيفته على الوجه الصحيح

dans l,exercice normal et régulier de ses fonctions

بل أيضا عما يقع منه بسبب تجاوزه حدود وظيفته (٣٥) •

mais encore de celui qui résulte de l,abus de ses fonctions

والذى نستنتجه من هذه الصيغ المختلفة أن المحاكم الفرنسية على الأخص يستوى عندها أن يعتبر فعل التابع خطأ واقعا منه بمناسبة وظيفته أو تجاوزا لحدود وظيفته لأنها فى كلتا الحالتين ترتب عليه مسئولية السيد بدرجة واحدة ، بل اننا اذا رجعنا الى وقائع تلك الأحكام وجدنا المحاكم تصف الفعل الواحد تارة بأنه واقع بمناسبة الوظيفة ، وأخرى بأنه تجاوز فى حدود الوظيفة • ولا يبعد أن تصفه بأنه خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات مادامت هى لا تفرق فى الحكم بين هذا النوع من الخطأ وغيره ، ولا تقصد بذلك الا نتيجة واحدة هى الوصول الى تقرير مسئولية السيد عن ذلك الفعل •

وقد حدا ذلك بعض الشراح أن يغلبوا الصيغة الأخيرة من الصيغ التى استعملتها المحاكم ، وأن يقولوا ان الخطأ فى تجاوز حدود الوظيفة يشمل كل الصور التى يكون السيد مسئولا فيها عن فعل تابعه ماعدا حالة الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات •

= ديسمبر ١٩٣٣ سيرى ١٩٣٤ — ١ — ١٠٧ ، ٣ ابريل ١٩٣٣ سيرى ١٩٣٣ — ١ — ١٩٠ ، نقض مصرى ٢٢ مارس ١٩٣٧ مجموعة القواعد الجنائية ج ٤ — ٥٦ — ٦٢ •

(٣٥) أنظر تعليقات فوزيبه هرمان على القانون المدنى الفرنسى المادة ١٣٨٤ طبعة سنة ١٩٣٩ نبذة ٥٣٤ ، استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٢٣ ب ٣٦ — ١٠٤ الغازيت ١٥ — ٨٧ — ١٣٠ •

وقد ترتب على هـذا النظر أن عبارة التجاوز فى حـدود الوظيفة أصبح لها معنيان : معنى خاص ضيق هو الـذى قصدته المحاكم أولا . ومعنى آخر عام يتسع ليشمل الأول ويشمل معه جميع صور الخطأ الذى يقع بمناسبة الوظيفة ، فيدخل فى ذلك ما يرتكبه التابع بسبب الوظيفة أو فى الوقت المخصص لها أو ما تكون وظيفة التابع قد هيأت له ارتكابه .

وقد عرضت محكمتنا العليـا للصورتين الأخيرتين فى حكميها محل هذا التعليق ، فوصفت الخطأ الذى تكون وظيفة التابع قد ساعدته على ارتكابه بأنه اساءة استعمال شئون الوظيفة تستوجب مسئولية السيد ، ولم تكيف الخطأ الذى يقع من التـابع فى الوقت المخصص للوظيفة ، ولكنها رتبت عليه مسئولية أكثر اطلاقا ، مما يحمل على الاعتقاد بأنهـا اعتبرت هذا النوع من الخطأ أدنى الى الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات منه الى الخطأ بتجاوز حدود الوظيفة . ويهمنا أن نبحث هـذا التكييف القانونى لنرى مقدار مطابقته للمبـادىء المسلمة ، ولأحكام المحـاكم السابقة ، ثم نعرض للصورة التى لم تعرض لها محكمة النقض فى هذين الحكمين ، وهى صورة الخطأ الذى يرتكبه التابع بسبب تأدية وظيفته ، ونحاول أن نعين فى النهاية ما يصح اعتباره تجاوزا فى حدود الوظيفة .

أيعتبر ما يقع من التابع فى الوقت المعين لتأدية وظيفتـه خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، أم على الأقل يعتبر تجاوزا فى حدود الوظيفة ؟

قد يستفاد من عبارات حكمى النقض أنها تعتبر ما يقع من التابع فى الوقت المعين لتأدية وظيفتـه خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، وذلك لأنها قابلت بينه وبين الخطأ الـذى تكون وظيفة التابع قد ساعدته على ارتكابه ، فاعتبرت هذا الخطأ الأخير دون الأول اساءة لاستعمال شئون الوظيفة ، ولأنها فوق ذلك رتبت على النوع الأول من الخطأ مسئولية السيد على الاطلاق . ولا شك فى أن اطلاق المسئولية على هذا الشكل هو أقصى ما يمكن تصور ترتيبه على الخطأ فى تأدبة الوظيفة بالذات .

وينبنى على ذلك أنى اذا أرسلت تابعى فى مهمة لى ، فصادف فى طريقه الى تلك المهمة غريما شخصيا له ، فقتله ، أكون مسئولا عن هذا القتل بغض النظر عن الباعث عليه ، لوقوعه من تابعى فى الوقت الـــذى كان يقوم فيه بوظيفته • غير أننا نستبعد كل الاستبعاد أن تكون محكمتنا العليا قد قصدت هذه النتيجة ، بل انه فى وسعنا بعد أن عرفنا الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات أن نقرر أن فعل التابع لا يدخل فى هذا النوع من الخطأ لمجرد وقوعه منه فى الوقت المعين لتأدية وظيفته (١٦) • ونستطيع أن نعزز هذا الرأى بما أوردته محكمة النقض فى بعض عبارات الحكمين المذكورين من « أن القانون لا يشترط لتحميل المخدوم المسئولية المدنية عن فعل تابعه أن يكون هذا الفعل داخلا فى طبيعة الوظيفة التى عهد بها الى التابع ••• بل يكتفى فى تقرير هذه المسئولية أن يكون الفعل قد وقع من التابع أثناء تأدية الوظيفة ••• » •

فهل يعتبر هذا الفعل على الأقل تجاوزا فى حدود الوظيفة ؟

قررت ذلك بعض المحاكم الفرنسية ، فقضت مثلا باعتبار السيد مسئولا عن الخطأ الذى ارتكبه أحد عماله اذ اشترك فى مشاجرة حدثت فى المصنع وفى الوقت المخصص للعمــل وفقأ عين زميل له (دوييـــه ١٢ يناير ١٩٠٣ سيرى ١٩٠٤ — ٢ — ٢٩٨) • وكانت المحاكم متأثرة فى ذلك بما اطرد عليه القضاء فى تفسير نص ورد فى قانون حوادث العمل الصادر فى ٩ أبريل ١٨٩٨ بالزام رب العمل بتعويض العمال عن الاصابات التى تلحقهم بسبب العمل وبمناسبته par le fait et à l'occasion du travail حيث اعتبر القضاء أن هذه العبارة الأخيرة تشمل كل حادث يقع للعامل فى الوقت والمكـــان المخصصين لتأدية عمله ، ولو كان ناشئا عن ظروف أجنبية عن العمــل غير الظروف التى تعتبر من فعــل الطبيعة ، فقاست

---

(١٦) انظر فى هـــذا المعنى نقض فرنسى مدنى ٢٤ مـــايو ١٩٢٧ دالوز الاسبوعى ١٩٢٧ ص ٤٠٠ •

المحاكم ما يعتبر واقعا بمناسبة وظيفة التابع à l'occasion de la fonction du préposé على حوادث العمل التى تعتبر واقعة بمناسبة العمل à l'occasion du travail (١٦ مكرر) •

غير أن هذا القياس بالرغم من التشابه الظاهر بين العبارتين قياس مع الفارق ، لأن مسئولية رب العمل التى نص عليها قانون سنة ١٨٩٨ قوامها تحمل التبعة ، فى حين أن مسئولية السيد عن فعل تابعه تبنيها المحاكم على افتراض وقوع خطأ من السيد فى اختيار تابعه وتوجيهه ورقابته • واذا جاز أن يسأل رب العمل عما يصيب عماله من حوادث وقعت فى الزمن والمكان المخصصين للعمل ولو لم تكن لها صلة بالعمل بناء على نظرية تحمل التبعة أو الغرم بالغنم ، فانه لا يجوز أن يسأل السيد عن خطأ تابعه لمجرد وقوعه فى الوقت المخصص لتأدية وظيفته اذا لم تكن هناك أية صلة بين ذلك الخطأ والوظيفة ، مادامت مسئولية السيد أساسها افتراض الخطأ فى توجيه التابع ورقابته ، ومادام هو غير ملزم بتوجيه التابع ورقابته الا بالنسبة للأعمال التى تتعلق بوظيفته •

وقد حمل ذلك محكمة النقض الفرنسية على أن تقرر فى بعض أحكامها أن مجرد وقوع فعل التابع فى الوقت والمكان المعينين لتأدية وظيفته لا يكفى وحده لتكييف هذا الفعل بأنه مرتكب بمناسبة الوظيفة (١٧) • وبناء على ذلك حكم بأن المخدوم غير مسئول عن الغش الذى ارتكبه خادمه فى الوقت المخصص لتأدية وظيفته بأن خلص على خطاب جديد خاص به بطابع للبريد سبق استعماله (١٨) ، ولا عن الفعل الشائن الذى أتاه العامل فى شخص زميل حديث السن فى الوقت

(١٦ مكرر) انظر رتسائرت ص ٢٣٩ •

(١٧) نقض فرنسى مدنى ٢٤ مايو ١٩٢٧ دالوز الاسبوعى ١٩٢٧ ص ٤٠٠ ، جنائى ٢٧ اكتوبر ١٩٣٨ غازيت القضاء ٢٧ نوفمبر ١٩٣٨ ، وأنظر سافاتييه نبذة ٣١٨ ، ومازو نبذة ٩٠٨ •

(١٨) محكمة فان Vannes الابتدائية ٧ يناير ١٩٣١ سيرى ١٩٣٢ — ٢ — ٩٦ غازيت القضاء ١٩٣١ — ١ — ٥١٧ •

والمكان المخصصين لأداء العمل (١٩) .

وإذا ألقينا نظرة الى القضاء البلجيكى وجدنا فيه اتجاها عاما نحو التوسع فى مسئولية السيد وتساهلا فى ذلك أكثر مما بدا من القضاء الفرنسى (٢٠) . ومع ذلك فقد قيدت محكمة النقض البلجيكية مسئولية السيد عن الخطأ الذى يقع من التابع فى الوقت المخصص لتأدية الوظيفة بوجوب أن يكون ذلك الخطأ غير أجنبى عن الوظيفة ، أى ذا صلة بها ، دون حاجة الى أن تكون تلك الصلة صلة العلة بالمعلول (٢١) .

وقد اشترط بعض الشراح أن تكون تلك الصلة مباشرة lien étroit بين الوظيفة والفعل الواقع فى وقت تأديتها (أوبرى ورو الطبعة الخامسة ج ٦ ص ٤٠٢ ، ديموج ج ٥ نبذة ٩٢٤ ، ريكول مذكرات فى المسئولية التقصيرية ص ٩٩) ، واشترط بعض آخر أن تكون صلة وثيقة lien étroit (دالان Dallant ص ١٦٧) . وهناك رأى يقول بوجوب أن تكون الصلة صلة العلة بالمعلول (روتسائرت ص ١٣٦) .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فقد فرقت صراحة بين الخطأ الذى يقع من التابع فى تأدية وظيفته بالذات والخطأ الذى يرتكبه فى الوقت الذى يقوم فيه بتأدية وظيفته :

La faute commise par les préposés dans l'exercice de leurs

---

(١٩) محكمة سانت ايتيين ٢١ يناير ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ — ٢ — ١٥٨ .

(٢٠) نقض بلجيكى ١٨٩٢/٦/١٢ بازيكريزى ١٨٩٣ — ١ — 256 والاحكام المشار اليها فى روتسائرت ص ١٣٣ و ص ١٣٤ .

(٢١) نقض بلجيكى ١٩ أبريل ١٩٢٨ بازيكريزى بلج ١٩٢٨ — ١ — ١٣٣ .

Il suffit que le fait ait eu lieu au cours de l'exécution du travail confié au préposé, et n'y soit pas étranger, n'étant pas nécessaire qu'il y ait un rapport de cause à effet entre les fonctions et l'acte dommageable.

fonctions et celle commise par eux pendant l'exercice de ces mêmes fonctions.

وقررت أن خطأ التابع لا يعتبر واقعا فى تأدية وظيفته لمجرد وقوعه منه فى الزمان والمكان المعينين لتأدية وظيفته (استئناف مختلط ٢١ يناير ١٩٣١ ب ٤٣ ص ١٦٦) •

فاذا كان القضاء الفرنسى والقضاء البلجيكى والقضاء المختلط — بالرغم من تأثرهم الى حد كبير بالمذهب المادى فى المسئولية — لم يكتفوا بمجرد وقوع خطأ التابع فى الوقت المعين لتأدية وظيفته لترتيب مسئولية السيد ، بل اشترطوا أن يكون ذلك الخطأ مرتبطا بالوظيفة برابطة سببية ، فانه يصعب أن نسلم بأن محكمة النقض المصرية تكتفى بذلك الظرف وحده لجعل السيد مسئولا عن فعل تابعه ، فى الوقت ذاته الذى تقرر فيه أن هذه المسئولية أساسها ما افترضه القانون فى حق السيد من وجوب مراقبة تابعيه وملاحظتهم فيما يتعلق بشئون الوظيفة • ونعتقد أن لابد لها أن تعيد النظر فى هذا المبدأ ، بل يخيل الينا أنها قد بدأت تتشكك فى صحته وتضع عليه علامة استفهام تمهيدا لضبطه وتقييده • فقد جاء فى حكم حديث لها بتاريخ ١٤ مايو ١٩٤٢ « انه من المتعين عدم الأخذ بهذه المسئولية الاستثنائية الا فى الحدود التى رسمها القانون ، وهى أن يكون الضرر واقعا من التابع فى أثناء قيامه بالوظيفة • وهذه المسئولية وان كانت من ناحية أخرى محل خلاف من حيث وجوب اتصال الفعل الضار بالوظيفة اذا كان قد وقع أثناء القيام بها أو عدم وجوب اتصاله بها الا أنه لا جدال فى أن الحادث الموجب للمسئولية يجب أن يكون قد اقترفه التابع فى وقت لم يكن قد تخلى فيه عن عمله عند المتبوع وانقطعت الصلة بينهما ولو مؤقتا ، وأصبح التابع بذلك حرا يفعل مايريد ويتصرف كما يشاء تحت مسئوليته وحده ، ذلك لأن مسئولية المتبوع انما تقوم على ما للسيد من حق اصدار أوامره وتعليماته الى تابعه والتمكن من ملاحظته فى تنفيذ ما عهد به اليه • فاذا انفلت هذا الزمام من يد المتبوع كان التابع غير قائم بوظيفته ، وكان المتبوع من ثم غير

مسئول عن تصرفاته بحـال ما » (ملخص فى هامش المجموعة المدنيـة للأستاذ الكبير محمد كامل مرسى طبعة سنة ١٩٤٢ ص ١٣٩ ، ومنشور فى المحاماة ٢٣ — ٣٨٧ — ١٦٩) (٢٢) .

ويخيل الينا ، ازاء هذا التشكك من محكمة النقض ذاتها ، أنه يجب علينا ألا نأخذ بما قررته فى حكميها محل هذا التعليق على اطلاقه ، بل ينبغى أن نحمله على أنها ترى فى مجرد وقوع الفعل الضـار فى الوقت المخصص لتأدية الوظيفـة قرينة قضائية على أن هـذا الفعل داخل فى ضمن أعمال الوظيفة وأن هـذه القرينة يجوز للسيد دحضهـا بالدليل العكسى (قارن فى هـذا المعنى روتسائرت ص ١٣٩ هـامش رقم ٢ . وسافاتييه نبذة ٣٢١) . وقد عادت محـكمة النقض فقررت مسـئولية المتبوع عن فعل التابع الذى يقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو الذى تكون الوظيفة هى التى ساعدته على ارتكابه ولو كان بعيدا عنها ولا اتصال له بها ، وهذا بغض النظر عن قصد منه أو الباعث الذى دفعه اليه (نقض جنائى ٢١ مايو ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ ملحق جنائى ١٩٢ — ١١٤) .

هل يكفى أن تكون وظيفة التابع قد هيأت له وسيلة ارتكاب ما وقع منه من فعـل ضار حتى يسأل عنـه سيده ؟ ليس فى أحكـام المحاكم الفرنسية ولا فى كتب الفقه ما يسمح بالاجابة عن هذا السؤال اجـابة قاطعة ، لأنها بالرغم من وفرتها فى موضوع مسئولية السيد قل أن تكون قد تعرضت لهذه الجزئية بالذات . فيقول جاردينا وريتشى (فى كتـاب المسئولية المدنية نبذة ١١٧) ، ان المحـاكم تكتفى فى مسئولية السيد بأن تكون وظيفة التابع استعملت كوسيلة لارتكاب الفعل الضار ، أو أن يتصل ذلك الفعل بالوظيفة بصلة من الزمان أو المكان أو الخدمة ، ويشيران فى ذلك الى حكم واحد من محكمة النقض بتاريخ ٣ مارس ١٩٢٣ (دالوز

---

(٢٢) هذا الحكم جعل اساس مسئولية المتبوع اتحـاد شخصيته مع شخصية التابع la confusion .

١٩٢٣ — ١ — ٥٠) وجدنا انه بنى المسئولية على اعتبار آخر غير هذا الذى نبحثه الآن (أنظر هذا الحكم فيما يلى فى ص ٤١٨) ٠

وكذلك بلانيول وريبير واسمان يقولون ان المحاكم تقضى بمسئولية السيد اذا كان التابع قد استغل التسهيلات التى تهيؤها له وظيفته لارتكاب الفعل الضار فى مصلحة نفسه أو فى مصلحة أجنبى ، ولكنهم يرون عدم امكان الأخذ بذلك الا اذا أبيح للسيد دفع المسئولية عنه بأن يثبت أنه لم يكن فى وسعه منع وقوع الفعل الضار (جـ ٦ نبذة ٦٥٠) ٠

وقضت محكمة النقض البلجيكية بمسئولية السيد فى حادث سيارة كان سائقها قد استولى عليها خلسة من سيده بعد أن قلد مفاتيح الجراج ، وعللت ذلك بأنه ما كان فى استطاعة التابع أن يرتكب الحادث الا بفضل التسهيلات التى خولتها له وظيفته (نقض بلجيكى ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ بازيكريزى بلج ١٩٣٤ — ١ — ١١٤) ٠ ولكن الشراح فى بلجيكا يوجهون أشد النقد الى أسباب هذا الحكم (بيرسون ودى فيليه جـ ص ٢٦٩) ٠

ويرى ديموج أن كون الوظيفة قد سهلت للتابع ارتكاب الفعل الضار لا يكفى لاعتبار السيد مسئولا اذا لم تكن الوظيفة هى السبب فى ارتكاب الفعل الضار (ديموج جـ ٥ نبذة ٩٢٣) ٠

واذا كان بعض الشراح يؤيد فى الظاهر الاعتماد فى تقرير مسئولية السيد على كون الوظيفة قد سهلت للتابع ارتكاب الفعل الضار (روتسائرت ص ١٣٥ ، وسافاتييه نبذة ٣١٨ وما بعدها) ، فانهم فى الواقع يقصدون بذلك الحالات التى تكون الوظيفة فيها هى السبب فى ارتكاب الفعل الضار (أنظر أيضا فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٦ مارس ١٩٣٢ (٤٤ — ٢٢٨) ، بل انهم لا يكتفون بأية صلة بين هذا الفعل والوظيفة ، ولو كانت مباشرة أو وثيقة ، وانما يتطلبون فى ذلك أن تكون

الصلة صلة العلة بالمعلول (روتسائرت ص ١٣٦ — ١٣٧) ، أو أن تكون الوظيفة هى الوسيلة الضرورية le moyen nécessaire لارتكاب الفعل الضار (سافاتييه نبذة ٣١٨ و ٣٢٢) .

أما بقية الشراح ، فالظاهر أنهم لم يعرضوا لهـذا المعيار نظرا لندرة الأحكام التى أخذت به (أنظر بودرى وبارد جـ ٤ نبذة ٢٩١٤ ؛ أوبرى ورو الطبعة الخامسة جـ ٦ ص ٤٠١ نبذة ٤٤٧ ، هيك جـ ٨ نبـذة ٤٤٩ ، لوران جـ ٢٠ نبذة ٣٨٢) .

أما فى مصر ، فيقول الأستاذ مصطفى مرعى فى نبذة ٢٢٢ من كتابه فى المسئولية المدنية (وقد ظهر سنة ١٩٣٦) : « ان الرأى عنـد جمهرة العلماء الفرنسيين أن مسئولية المخدوم تتناول ما يقع من خادمه أثنـاء تأدية وظيفته dans l'exercice de ses fonctions كما تتنـاول ما يقع من الخادم بمناسبة تأدية وظيفته à l'occasion de cet exercice أو أثناء اساءة استغلالها alors même que ledommage résulte d'un abus des dites fonctions وليس يشترط فى الحالتين الأخيرتين الا أن تكون الوظيفـة هى التى هيأت للخـادم اتيان ما أتى من الخطـأ الـداعى للمؤاخذة » .

وهو يرجح هذا الرأى على غيره ، ويرى أن الأخذ به فى القـانون المصرى أولى لأن عبارة المادة ١٥٢ أوسع من عبارة المادة ١٣٨٤ فرنسى . ثم يعود بعد ذلك الى أولى الحالات التى ذكرها فيقول فى نبذة ٢٢٣ : « وعلى ذلك يسأل المخدوم عما يقع من خادمه أثناء تأدية وظيفته متى كانت الوظيفة هى التى هيأت للخادم اتيان ما أتى من الخطأ ، أو كـان الخطأ متصلا بالوظيفة اتصالا ظاهرا » .

ويخلص من جملة هـذه العبارات أن المؤلف يرى — استنادا الى ما نسبه الى الجمهرة من العلماء الفرنسيين (!) — ان كون الوظيفة هيأت

للخادم اتيان ما أتى من الخطأ شرط ضرورى لمسئولية السيد فى كل من الحالات الثلاث التى ذكرها ، وانه يمكن أن يستبدل به فى الحالة الأولى (أى حالة ما يقع من التابع أثناء تأدية وظيفته) شرط آخر هو كون الخطأ متصلا بالوظيفة اتصالا ظاهرا (أنظر نبذة ٢٢٣) ، فى حين أننا قد رأينا أن نفرا قليلا من الشراح الفرنسيين هم الذين يقولون بهذا المعيار ، وأنهم يأخذون به باعتباره احدى الصور التى يقع بها التجاوز فى حدود الوظيفة ، وانهم فى الواقع يقصدون به أن تكون بين الوظيفة والخطأ صلة سببية مباشرة ، بحيث لو لم تكن وظيفة التابع ما استطاع هذا أن يرتكب الفعل الضار (راجع ما سبق فى ص ٤٠١) .

والظاهر أن محكمة النقض المصرية قد تأثرت الى حد كبير بهذا الرأى حيث قررت بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٣٧ أن السيد مسئول عن خطأ تابعه ، ولو كان الخطأ قد وقع منه أثناء تجاوزه حدود وظيفته اذا كانت الوظيفة هى التى هيأت له اتيان الخطأ المستوجب للمسئولية (مجموعة القواعد الجنائية جـ ٤ ص ٥٦ رقم ٦٢ ، القانون والاقتصاد ٧ — ٤ — ٦٥ المحاماة ١٧ — ٩٩٥ — ٥١٣) . والغالب أنها قصدت بذلك قصر هذا الشرط على حالات التجاوز فى حدود الوظيفة دون حالة الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات . وقد أكدت بعد ذلك هذا المعنى فى حكم آخر بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ اذ قررت أن مقتضى المادة ١٥٢ أن يكون السيد مسئولا عن الضرر الناشىء عن فعل خادمه ، سواء أكان الخطأ قد وقع أثناء تأدية الوظيفة أم كانت الوظيفة هى التى هيأت أو سهلت ارتكابه (المحاماة ٢١ — ٧٠٢ — ٣٠٧ المجموعة ٤٢ — ٣٤٧ — ١٥٠) .

ولكنها عادت فعممت هذا الشرط الأخير بتاريخ ٨ ديسمبر ١٩٤١ اذ قالت ان المخدوم مسئول بمقتضى المادة ١٥٢ عن تعويض الضرر الناشىء للغير عن فعل خادمه ، سواء أكان الفعل قد وقع أثناء تأدية الخدمة الموكولة اليه أم لمناسبة القيام بهذه الأعمال فقط ، اذ يكفى فى ذلك أن تكون وظيفة الخادم هى التى هيأت الخطأ الذى وقع منه ولولاه لما نجم الضرر (المحاماة ٢٢ — ٦٠٣ — ١٩٧ ، وأنظر أيضا ٦ نوفمبر

١٩٣٩ القانون والاقتصاد ١٠ — ٤ — ٣٣ — ١٣ المجموعة ٤١ — ٢٥٩ — ٩٩ المحاماة ٢٠ ص ٥٨٣) ٠

أما فى حكميها محل هذا التعليق ، فانها قد فرقت بين فعل التـابع الذى يقع منه وقت تأدية وظيفته ، وفعله الذى يقع فى غير ذلك الوقت ، ولم تشترط أن تكون وظيفة التابع قـد هيأت له ارتكاب فعـله الا فى الحالة الثانية دون الأولى ٠

ونحن اذا سلمنا جدلا بهذا الشرط باعتباره معيارا كافيا لتقـرير مسئولية السيد ، فاننا نفضل فى شأنه التفرقة التى قالت بهـا محكمة النقض فى حكمى ٢٢ مارس ١٩٣٧ و ٢٣ ديسـمبر ١٩٤٠ بين الخطأ فى تأدية الوظيفة والخطأ فى تجـاوز حدود الوظيفة ، ويمكننـا أن نصرف الحكمين محل هذا التعليق الى هذا المعنى أيضا اذا نظرنا الى وقوع الفعل الضار وقت تأدية الوظيفة باعتباره قرينة على أن الفعل داخل فى ضمن أعمال الوظيفة ٠ أما التعميم الذى ذهبت اليه المحكمة فى حكمى ٦ نوفمبر ١٩٣٩ و ٨ ديسمبر ١٩٤١ فتعميم فى غير مقتض ، أقل ما يعاب عليه أنه يوهم ان شرط كون الوظيفة هى التى سهلت للتابع ارتكاب الفعل الضار هو المعيار الأساسى الذى ترتكز عليه مسئولية السيد فى جميـع الأحوال ، مع أنا قد رأينا من آراء الشراح والمحاكم الفرنسية أن كفاية هذا الشرط محل خلاف كبير ، وان الذين يعولون عليه يقصرونه على غير حالات الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، ويتشددون فيه الى حد يجعله محصورا فى رابطة السببية بين الوظيفة والفعل الضار وسنرى فيما بعد الى أى حد يمكن التعويل على رابطة السببية هذه (راجع ص ٤١٢ وما بعدها) ٠

على أنا اذا رجعنـا الى وقائع الأحكام التى قررت فيهـا محكمة النقض الاكتفاء بهذا الشرط ، وجدنا أن المحكمة كانت فى غنى عن ذلك لأن مسئولية السيد كانت ثابتة لديها سواء لوقوع خطأ شخصى منـه (حكم ٢٢ مارس ١٩٣٧) ، أو لكون فعل التابع خطأ فى تأدية الوظيفة

بالذات (حكم ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ وحكم ٨ ديسمبر ١٩٤١ والحكمين محل هذا التعليق) أو تزيدا فى تأدية الوظيفة لمصلحة السيد (حكم ٦ نوفمبر ١٩٣٩) •

ففى حكم ٢٢ مارس ١٩٣٧ يخلص من الوقائع أن سيدا اعتاد ايداع سيارته فى جراج عمومى ، فاستصحب خادمه ذات مرة الى الجراج وكلفه احضار أحد عمال فورد لاصلاح السيارة ، وفيها مفتاحها ، وأعطاه بطاقتين باسمه ليشترى بهما بنزينا ، فوجد الخادم محل فورد مغلقا ، فاستحضر عاملا آخر فحص السيارة وقال ان ليس بها عطل ، فأخذها الخادم واشترى البنزين ، وذهب يبحث عن سيده ليعطيه السيارة ، فارتكب حادثا بخطئه ، فحكم بمسئولية السيد عنه : (أولا) مسئولية شخصية لأنه بعدم احتياطه مكن المتهم من تسلم العربة من الجراج والسير بها بالرغم من عدم امكان الاعتماد عليه فى ذلك ، و (ثانيا) مسئولية مفترضة عن فعل تابعه • (وقد كان فى النوع الأول من المسئولية غنى للمحكمة عن بحث النوع الثانى منها) •

وفى حكم ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ كان سائق سيارة خصوصية ينتظر بالسيارة زوجة مخدومه ، ومعه خفير زراعة مخدومه ، فذهب لقضاء حاجة ، وترك بالسيارة مفتاح الكونتاكت ، فعبث به خفير الزراعة ، وأحدث الحادثة • واعتبرت المحكمة هذا الحادث نتيجة مباشرة للخطأ فى ترك مفتاح الكونتاكت فى السيارة (وهو خطأ من السائق فى تأدية الوظيفة بالذات) ، واستطردت من ذلك الى القول بأن السيد مسئول عن فعل خادمه ، سواء أكان واقعا منه أثناء وظيفته ؛ أم كانت الوظيفة هى التى هيأت له اتيانه وسهلت له ارتكابه ، ولو كان ذلك بعيدا عن مقر عمله (والغالب أنها تقصد بذلك خطأ خفير الزراعة) ، وقد كان لها فى الوقوف عند خطأ السائق فى تأدية وظيفته غنى عن هذا الاستطراد •

وفى حكم ٨ ديسمبر ١٩٤١ كان ضابط فى الجيش عائدا الى مقر عمله فى المكس ، فقابل سيارة من سيارات الجيش المعدة لركوب ضباط

اللواء الذى ينتمى اليه ذلك الضابط يقودها جندى فى اتجـاه المكس ، فأوقفها وركب مع سائقها . فأسرع السائق فى القيادة بينما كانت الأرض مبللة بالمطر ، فانقلبت السيارة وأصيب الضابط بعدة عاهات مستديمة ، وقد ثبت للمحكمة « أن اصابات المجنى عليـه انما نتجت عن اهمـال السائق فى قيادة السيارة التى عهدت اليه وزارة الدفاع بقيادتها ، مما هو صريح فى الدلالة على أن الضرر انما نجم عن فعله لمناسبة قيـامه بأعمال الخدمة ان لم يكن فى أثناء أدائه اياها ، الأمر الذى يكفى لالزامها بالتعويض ... ، لأن المخدوم يسأل عن تعويض الضرر الناشىء للغير عن فعل خادمه ، سواء أكان الفعل قد وقع فى أثناء تأدية أعمال الخدمة الموكولة اليه ، أم لمناسبة القيام بهذه الأعمال فقط ، اذ يكفى فى ذلك أن تكون وظيفة الخادم هى التى هيأت ارتكاب الخطأ الذى وقع منه ولولاها لما نجم الضرر » . وظاهر مما أثبتته المحكمة أن ما وقع من السائق خطأ فى تأدية وظيفته بالذات ، فلم تكن بالمحكمة حاجة الى وصف هذا الخطأ بأنه يعتبر على الأقل واقعا بمناسبة القيام بالوظيفة ، ولا الى الاستطراد من ذلك الى اشتراط أن تكون وظيفة التابع هى التى هيأت له ارتكـاب الخطأ الذى وقع منه .

وفى حكم ٦ نوفمبر ١٩٣٩ كان خادم قد عين حارسا قضائيا على زراعة مخدومه المحجوز عليها من البنك الأهلى . وقد نمى الى البنك أنه بدد الزراعة ، فأوفد أحد موظفيه للتحقق من ذلك ، فاعتـدى الخادم عليه ، واعتبر السيد مسئولا عن ذلك بناء على أن المتهم فى تعديه على المدعى بالحق المدنى كان مدفوعا بدافع الغيرة على مصلحة المدعى عليه فى الدعوى المدنية ولو لم تكن هذه المصلحة هى غايته يوم الحادثة لمـا وقعت الجريمة ، واستطردت من ذلك الى القول بعدم ضرورة التحريض من السيد ، والى الاكتفاء بأن تكون وظيفة التـابع قد هيأت له ارتكاب جريمته . ونعتقد أنه كان للمحكمة فى تزيد التابع لمصلحة سيده غنى عن هذا الاستطراد (أنظر ما يلى فى ص ٤١٥) .

وبناء على ذلك نرى أن ما قررته محكمة النقض فى هـذه الأحكام

الأربعة خاصا بكون وظيفة التابع هى التى هيأت له ارتكاب الفعل الضار يعتبر تزيدا واستطرادا لا مبدأ مقررا ، وانه يجب أن يكون محل نظر جديد اذ لا يمكن الأخذ به على اطلاقه ، لأنه كثيرا ما يقع أن تكون الوظيفة قد هيأت للتابع وسيلة ارتكاب الفعل الضار ، ومع ذلك لا تترتب على عمله مسئولية السيد اذا كان فى وسع التابع أن يحصل على الوسيلة التى سهلت له ارتكاب ذلك الفعل من غير طريق الوظيفة . كما اذا ارتكب أحد العمال مخالفة صنع آلات مفرقعة باستعماله فى ذلك مواد أولية من المصنع الذى يشتغل فيه (نقض فرنسى جنائى ١٥ ديسمبر ١٨٩٤ سيرى ١٨٩٥ — ١ — ١٥١) ، أو اذا اشترك عامل فى سباق دراجات فوقع منه حادث ضار وكانت وظيفته قد سهلت له الحصول على الدراجة التى اشترك بها فى السباق (باريس ١٦ يناير ١٩٠٢ ملخص فى ديموج جـ ٥ نبذة ٩٢٢ هامش ٢) ، أو اذا أعار السيد تابعه حصانا ليستعمله فى شأن خاص به ، فألحق التابع بالحصان ضررا بالغير (نقض فرنسى عرائض ٢٩ أكتوبر ١٩١٧ سيرى ١٩١٨ — ١٩١٩ — ١ — ٢٠٠) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن السيد لا يسأل عما يرتكبه تابعه من أفعال ضارة خارج حدود وظيفته ولو كانت الوظيفة هى التى هيأت له ارتكاب الفعل الضار (١٦ مارس ١٩٣٢ ب ٤٤ — ٢٢٨) .

والرأى عندى أن كون وظيفة التابع هى التى هيأت له ارتكاب الفعل الضار لا يعدو أن يكون عنصرا من العناصر التى يعتمد عليها القاضى فى الاستدلال على حصول التجاوز فى حدود الوظيفة ، وانه يجب فيه أن تكون التسهيلات التى هيأتها الوظيفة للتابع بحيث تجعل الخطأ مرتبطا بالوظيفة ارتباطا مباشرا ، أى بحيث لو لم تكن الوظيفة ما استطاع التابع ارتكاب الفعل الضار ، كما قالت محكمة النقض فى حكميها محل هذا التعليق (أنظر ما سيجىء فى ص ٤٢٤ وما بعدها) .

هل يكفى لمسئولية السيد أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ الضار بسبب وظيفته ؟ : تعتبر المحاكم فعل التابع حاصلا بمناسبة الوظيفة

ومستوجبا مسئولية السيد كلما كانت وظيفة التابع هى السبب فى حصول ذلك الفعل منه (٢٣) ، ولا تعتبره كذلك اذا لم يكن بينه وبين الوظيفة أى ارتباط (٢٤) . غير أنها لا تقصد بالسببية فى هذا الشأن صلة العلة بالمعلول (٢٥) ، بل تكتفى بأية علاقة مباشرة بين الفعل والوظيفة (٢٦) . ويقول ديموج فى ذلك أن السيد يسأل كلما كان فعله سببا ولو عارضا لفعل التابع (٢٧) .

ويلاحظ على هذا المعيار أنه غير واضح وضوحا كافيا ، ولا يعتبر ضابطا دقيقا ، اذ يتعذر معه القول متى تعتبر الصلة بين فعل التابع ووظيفته كافية ومتى لا تعتبر كذلك ، وقد أدى اتباعه فى الواقع من الأمر الى التضارب فى الأحكام (أنظر فوزييه هرمان المادة ١٣٨٤ نبذة ٥٥٥) . فمثلا اذا استعمل السائق سيارة سيده فى مصلحته الشخصية ، فقد حكم تارة بأن الحادث الذى يرتكبه السائق فى أثناء ذلك ذا صلة كافية بوظيفته ويستتبع مسئولية السيد عنه (نقض فرنسى جنائى ٢٤ يونيه ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢ — ٢ — ٣٣٧ ، استئناف باريس ٢ فبراير ١٩٣٣ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٧٧١ ، نقض بلجيكى ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ بازيكريزى بلج ١٩٣٤ — ١ — ١١٤) ، وحكم تارة

---

(٢٣) نقض جنائى ٧ مايو ١٩٣١ مجموعة القواعد الجنائية جـ ٢ ص ٣٠٣ رقم ٢٥٣ ، ٢ فبراير ١٩٢٥ المحاماة ٥ — ٧٣٧ — ٩٠٦ ، استئناف مختلط ٥ مايو ١٩٣٧ ب ٤٩ ص ٢١٣ ، ١٩ ابريل ١٩٣٤ ب ٤٦ ص ٢٦٤ ، ١٧ نوفمبر ١٩٣٢ ب ٤٥ ص ٣٠ ، وانظر بيدان نبذة ١٢١٤ ، وبهجت ندوى ص ١٥٣ .

(٢٤) نقض فرنسى جنائى ١٦ نوفمبر ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٢٩ — ٢ — ١٠٢٣ ، فوزييه هرمان المادة ١٣٨٤ نبذة ٥٤٩ . انظر مصر ١٢ مايو ١٩٢٧ المحاماة ٧ — ٨٢٩ — ٤٨١ .

(٢٥) نقض بلجيكى ١٩ ابريل ١٩٢٨ بازيكريزى بلج ١٩٢٨ — ١ — ١٣٣ ، قارن عكس ذلك بنى سويف استئنافى ٣١ يناير ١٩٢١ المجموعة ٢٣ رقم ٥٥ ، المحاماة ٢ — ٢٩٢ — ٩٤ ، وروتسائرت ص ١٣٦ — ١٣٧ .

(٢٦) نقض ٢ فبراير ١٩٢٥ المجموعة ١٩٢٦ رقم ٢٧ ، وسوردا جـ ٢ نبذة ٩٠١ .

(٢٧) ديموج جـ ٥ ص ١١٧ نبذة ٩٢٠ .

أخرى بعكس ذلك (استئناف كولمـــار ١٣ فبراير ١٩٢٩ مجلة الألزاس واللورين القانونية ١٩٢٩ ص ٥١٨ ، نقض مصرى جنـــائى ٢٩ مارس ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ١٠٥ — ٥٩) •

وقد أدى ذلك ببعض الشراح الى القول بعدم امكان التعويل على هذا الضابط ، ولا سيما بعد أن ثبت لديهم من استقراء وقائع الأحكام التى بنت عليه مسئولية السيد وجود خطأ شخصى من السيد يكفى لاقامة مسئوليته على أساس المادة ١٥١/٢١٢/١٣٨٢ (أنظر مازو جـ ١ نبـــذة ٩١٤ ، بيرسون ودى فيليه جـ ١ ص ٢٦٧) •

ويلاحظ أن هؤلاء الشراح هم الذين يرون قصر مسئولية الســـيد على حالات الخطأ الذى يقع من تابعـــه فى تأدية وظيفته بالذات • فهم لا ينتقدون هذا الضابط وحده . بل ينتقدون الضابطين السابقين أيضا • ولكنا متى سلمنا بأن العمل يقتضى مـــد مسئولية الســـيد الى أبعد من حدها الطبيعى الذى نص عليه القانون وجب علينا تعيين الحد الذى يقف عنده هذا المد • غير أنا نعترف كما يقول الأستاذان مازو بأن تعيين هذا الحد — بالرغم من الشعور العـــام بضرورته — يكاد يكون مســـتحيلا (مازو نبذة ٩١٥) •

ولسنا ندعى أن فى قدرتنـــا القيام بمـــا يرى غيرنا أنه يكاد يكون مستحيلا ، وانما نكتفى بأن نوجه النظر الى أن هذه الضوابط التى قال بها بعض الشراح وأخذت بها محكمة النقض على اعتبـــار أنها ضوابط مسلم بها ينبغى أن تكون محل تأمل طويل قبل التسليم بها ، لأن بعضها يعوزه غير قليل من الدقة ، والبعض الآخر قد يجرنا التعويل عليه الى نتائج غير عادلة تجاوز ما نقدره لحدود مسئولية السيد •

والذى نستخلصه نحن من استعراض هذه الضوابط الثلاثة ، أن أولها يصلح فقط أن يكون أساسا لقرينة قضائيه على أن الخطأ واقع فى تأدية الوظيفة ؛ وأن الثانى لا يعـــدو أن يكون عنصرا من العناصر التى

تدخل فى تقدير القاضى لمـا يعتبر تجاوزا فى حـدود الوظيفة ، بل ان بعض الشراح يخلط بين هـذا الضابط وبين ضابط السببية . أما هـذا الضابط الأخير فنراه أقرب من غيره الى تحقيق العدالة ، ولكنه يعوزه غير قليل من الدقة ويحتاج الى كثير من التحديد ، لأنا نرى انه اذا كان كل ما يراد اعتباره تجاوزا فى حـدود الوظيفة يجب أن تكون الوظيفة سببا فى وقوعه ، فليس حتما أن يعتبر تجاوزا فى حدود الوظيفة كل عمل يرتبط بالوظيفة برابطة سببية .

حقيقة التجاوز فى حدود الوظيفة : وقد حاولنـا — بالرغم من اعترافنا بوعورة الموضوع — أن نحدد على وجه التقريب الحالات التى يصح اعتبارها تجاوزا فى حدود الوظيفة ، فاتضح لنا من تحليل الأحكام الفرنسية والمصرية فى هذا الشأن أن التجاوز فى حدود الوظيفة يكون بأحد أمرين : اما بالتزيد فى أداء عمل من أعمال الوظيفة (أنظـر هالتون جـ ١ ص ٣٦٢) ، واما باساءة استعمال شئون الوظيفة (قارن سافاتييه نبذة ٣١٨) .

ومثـل التزيد أن يكلف رجـل البوليس بتفتيش شخص فيسىء معاملته فى اجراء التفتيش ويعتدى عليه بالضرب (نقض مصرى جنائى ٨ نوفمبر ١٩٣٧ المحاماة ١٨ — ٤٢٠ — ٢١٩) ، أو يكلف تنفيذ أمر بغلق متجر فيبالغ فى تنفيذ هذا الأمر حتى يلحق بالمتجر تلفا ، أو يكلف ابطال ساقية فلا يكتفى بوقفها عن العمل ، بل يعطلهـا تعطيلا تاما بأن يخلع جازيتها ويهـدم بالفأس الطينة المثبتة هى بهـا (نقض ١٠ أبريل ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٥ — ٢) ، أو أن يقوم ناظر زراعة احدى الدوائر باعتداء مسلح على عمال مقاول نسب اليهم اعتداء على أرض الدائرة (استئناف مختلط ٢٣ مايو ١٩٠٠ ب ١٢ ص ٢٧٤ ، وأنظر أيضا ٢٠ ديسمبر ١٩٢٣ ب ٣٦ ص ١٠٤ ، ١٤ ديسمبر ١٩٣٣ ب ٤٦ ص ٨٥) . أو أن يرى الخادم سيده يتضارب مع شخص آخر فيبادر الى مساعدته ويضرب المعتـدى ضربا يفضى الى موته (نقض ٥ ينـاير ١٩٢٥ المحـاماة ٥ — ٦٠٦ — ٥٠٣) ، أو اذا كلف السيد خادمه احضار عامل لاصلاح سيارته المودعة

فى جراج عمومى ، فأحضر الخادم العامل وقرر هذا أن ليس بالسيارة خلل ، فأخذها الخادم وذهب بها يبحث عن سيده لتسليمها اياه فأحدث فى الطريق حادثا (نقض جنائى ٢٢ مارس ١٩٣٧ القانون والاقتصاد ٧ — ٤ — ٦٥ مجموعة القواعد الجنائية جـ ٤ ص ٥٦ رقم ٦٢) ، أو اذا ارتكب الموظف جريمة ضد الأهالى رغبة منه فى ارضاء الحكومة القائمة بالحط من كرامة معارضيها (جنايات المنصورة فى قضية أخطاب ١٥ يناير ١٩٣٠ المحاماة ١١ — ٣٧٨ — ٢١٤ ، وتأيد بحكم نقض جنائى ٧ مايو ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٢٦٧ — ١٤٨) •

ومثل اساءة استعمال شئون الوظيفة أن يخرج السائق بسيارة سيده فى غير ما كلف به ، فيرتكب حادثا فى أثناء ذلك (نقض فرنسى جنائى ٢٤ يونيه ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢ — ٢ — ٣٣٧ ، نقض بلجيكى ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ بازيكريزى بلج ١٩٣٤ — ١ — ١١٤) ، أو أن يستعمل السيارة فى ارتكاب جريمة هتك عرض على شخص صادفه فى الطريق (ليل ١٥ مارس ١٩٣٠ مجموعة الأسبوع القانونى la semaine Juridique ١٩٣٠ ص ٤٧٢) ، أو أن يستعمل الخفير سلاحه فى قتل انسان (نقض مصرى جنائى ٢٧ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ ص ٨٥٢) ، أو أن يستعمل كمسارى سكة الحديد وظيفته فى تهريب مسروقات من بلد الى آخر (نقض فرنسى جنائى ٢٢ مارس ١٩٠٧ سيرى ١٩٠ — ١ — ٤٧٣) •

ويمكن تعليل مسئولية السيد فى حالتى التجاوز بأن ما يقع من التابع من تزيد أو من اساءة لاستعمال شئون الوظيفة يكون من شأنه أن يمد حدود الوظيفة الى أبعد من دائرتها الطبيعية ، ويترتب على امتداد الوظيفة مسئولية السيد عما يرتكبه التابع فى أثنائه ، مسئولية يصح أن لا تكون مطلقة بل ترد عليها بعض التحفظات •

التحفظات التى تقيد مسئولية السيد فى حالة تجاوز التابع حدود وظيفته :

التحفظ الأول — تعامل المصاب مع التابع وهو عالم بتجاوز الأخير حدود وظيفته : أجمعت الشراح والأحكام على أن السيد لا يسأل اذا كان المصاب قد عامل التابع وهو عالم بتجاوز الأخير حدود وظيفته أو كان ينبغى أن يعلم ذلك ، لأن المصاب يكون قد عامل التابع فى هذه الحالة بصفته الشخصية لا بصفته تابعا ، ونظر اليه باعتباره عاملا لحساب نفسه لا لحساب مخدومه (فى هذا المعنى نقض جنائى ١١ نوفمبر ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ ملحق جنائى ٢٩٦ — ١٦٤) ، فلم يعد هناك ما يدعو الى امتداد الوظيفة الى أبعد من حدودها الطبيعية (أنظر بودرى وبارد جـ ٤ نبذة ٢٩١٥ ، لالو نبذة ٥٠٢ ، مازو نبذة ٩١٤ ، بيرسون ودى فيليه نبذة ١٢٤ ، بهجت بدوى ص ١٥٨ ، مصطفى مرعى نبذة ٢٢٥ والأحكام التى أشار اليها هؤلاء الشراح ، استئناف مختلط ٧ أبريل ١٩٣٧ الغازيت ٢٩ — ٣٨٥ — ٤٥٢ (٤٩ — ١٨١) .

ويلاحظ أنه يقابل هذا الحد من مسئولية السيد بسبب علم المصاب بتجاوز التابع حدود وظيفته ، امتداد لهذه المسئولية — يقول به بعض الأحكام والشراح — الى الحالات التى يكون فيها فعل التابع غير داخل فى حدود وظيفته ولكن المصاب اعتقد أنه داخل فيها ، وكان له ما يبرر هذا الاعتقاد . وتطبيقا لذلك حكم بأنه اذا أعطت احدى الشركات توكيلا تجاريا الى أحد التجار يخوله حق الانفراد بتصريف منتجات هذه الشركة فى جهة معينة باسمها ولكن لحسابه الخاص ، ثم تسلم الوكيل مبالغ من أحد العملاء على أن يورد اليه مقدارا معينا من تلك المنتجات . ثم بدد هذا المبلغ ، فان الشركة تكون مسئولة ازاء العميل الذى تعامل مع ذلك الوكيل باعتباره تابعا للشركة مع انه ليس كذلك فى الواقع من الأمر

(نقض فرنسى ٣ مارس ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ — ١ — ٥٠ ، وأنظر أيضا استئناف مختلط ٥ يناير ١٩١٦ ب ٢٨ ص ٩١) .

التحفظ الثانى — ارتكاب التابع للفعل الضار بدافع شخصى :
هل ينظر فى تقرير مسئولية السيد الى البواعث التى دفعت التابع الى ارتكاب العمل الضار ؟

قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٠٤ بأنه اذا قتل حارس الصيد شخصا آخر بسبب عداء شخصى بينهما لا صلة له بوظيفة الحارس ، فلا يسأل سيده عن ذلك (سيرى ١٩٠٦ — ١ — ١٧٣ . وأنظر فى هذا المعنى مصر ١٩٢٧/٥/١٢ المحاماة ٧ — ٨٢٩ — ٤٨١) .

وقضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٠ أبريل ١٩٣٣ بأن مسئولية السيد لا تقوم الا اذا انتفى الباعث الشخصى لدى الخادم فى ارتكاب ما ارتكب . أما اذا ارتكب التابع — ولو أثناء قيامه بوظيفته أو بمناسبة قيامه بها — خطأ بدافع شخصى من انتقام أو حقد أو نحوهما ، فالتابع وحده هو الذى يجب أن يسأل عما جر اليه خطؤه من الضرر بالغير (المحاماة ١٤ — ٤ — ٣) . وأصدرت فى ذات التاريخ حكما آخر قبلت فيه بناء على ذلك طعنا فى قضية تتلخص وقائعها فى أن خفيرا ذهب مع عمدة بلده وأبطلا ساقية يديرها أحد الأهالى بغير حق ، وبعد انصرافهما عاد الخفير ومعه آخر ، وأصرا على أن يعطل ساقية المجنى عليه ، فخلع الجازية وهدم بالفأس الطين المثبتة هى بها ، فاعترضه صاحب الساقية وتماسك الاثنان ، فضرب الخفير صاحب الساقية بالفأس فمات ، فقضت محكمة الجنايات بمسئولية الحكومة مدنيا عما وقع من الخفير ، فطعنت فى هذا الحكم ، ومحكمة النقض رأت أن الحكم كان يستقيم لولا أنه يوجد بوقائع الدعوى التى عنى الحكم المطعون فيه باثباتها ما يشعر بجواز أن يكون الخفير انما اعتدى على المجنى عليه بدافع الانتقام لضغينة سابقة (كما دفعت الحكومة بذلك) ، اذ فى عودة

الخفير الى المجنى عليه بعد ابطال ساقيته وفى اصراره على تعطيلها تعطيلا تاما بخلع جازيتها ، وهدم الطين المثبتة به ؛ ما يصح أن يحمل على الظن بأن هذا التزيد قد يكون منبعثا عن دافع شخصى لا علاقة له بعمل الوظيفة ، وأن الخفير انما أراد به الامعان فى الكيد شفاء لحزازات وأحقاد شخصية ، وقالت المحكمة « وبما أن قيام الضغينة بين المتهم والمجنى عليه من قبل وقوع الحادث أمر تردد ذكره فى المرافعة على لسان والد المجنى عليه وأقوال النيابة وعلى لسان الدفاع عن المتهم ، فكان حقا على المحكمة أن تمحص فى حكمها هذه الواقعة لأنها من الوقائع الجوهرية التى قد تغير موقف الحكومة بالنسبة للمسئولية المدنية ، واغفال الحكم لبيان هذه الواقعة يجعله قاصر البيان متعينا نقضه (المحاماة ١٤ — ٥ — ٤ ، وانظر فى هذا المعنى أيضا مصر الابتدائية ١٢ مايو ١٩٢٧ المحاماة ٧ — ٨٢٩ — ٤٨١) (٢٩) .

وقد وجه الأستاذ مصطفى مرعى (فى كتابه عن المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٢٢٢ نبذة ٢٢٨) الى هذا الحكم نقدا شديدا يتلخص (أولا) فى أن ما ذهب اليه الحكم يتجافى مع صريح النص الذى يفرض المسئولية عن كل ما يأتيه الخادم حال تأدية وظيفته ، بقطع النظر عن الدوافع التى يمكن أن تكون قد دفعت الخادم الى اتيان ما أتى ، و (ثانيا) فى أنه يصطدم مع الأساس الذى تقوم عليه مسئولية المخدوم عن خطأ خادمه ، لأن هذه المسئولية ترتكز على مظنة سوء الاختيار كما ترتكز على مظنة النقص فى المراقبة ، ويكفى لقيام هذه المظنة أن يأتى الخادم خطأ أثناء عمله سواء كان هذا الخطأ منبعثا عن دافع شخصى للخادم ، أو كان منبعثا عن رغبة منه فى خدمة مخدومه ، لأن رقابة المخدوم يجب أن تغمر الخادم ، مادام متصلا بعمله ، وكل ما يأتيه من الخطأ وقت اتصاله بعمله — سواء قصد به نفعا لمخدومه أو قصد به الى تحقيق مأرب من مآربه الشخصية — فيه دلالة على نقص فيما فرضه ...

---

(٢٩) انظر عكس ذلك نقض ١٩٤٦/٥/٢١ المحاماة ٢٧ ملحق جنائى ١٩٢ — ١١٤ .

عليه مخدومه من الرقابة ، كما أن فيه دلالة على أن مخدومه لم يحسن اختياره و (ثالثا) فى أن الأحكام جرت بعكس ذلك وأشار الى حكمين صدرا من محكمة الاستئناف الأهلية قضى أولهما بمسئولية الحكومة مدنيا عن جناية قتل ارتكبها خفيران على صراف كلفا بمراقبته من ناحية الى أخرى بقصد اختلاس الأموال التى كان يحملها الصراف معه (استئناف ١٨ نوفمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١١٥ رقم ١١٦) ، وقضى الثانى بمسئولية مصلحة البريد مدنيا عن سرقة ارتكبها ساع من سعاتها على خطاب سلم اليه بحكم وظيفته (استئناف ٢٨ يوليه ١٩٠٧ المجموعة ٩ — ٤٢ — ١٧) .

وعلى أثر ذلك أصدرت محكمة النقض حكما بتاريخ ٨ نوفمبر ١٩٣٧ (المحاماة ٨ — ٤٢٠ — ٢١٩) يبدو منه كأنها عدلت عما ذهبت اليه فى هذا الشأن فى حكمى سنة ١٩٣٣ ، وتلخص وقائع هذا الحكم فى أن المجنى عليه فى القضية كان قد اتهم وآخرون فى سرقة فول ، فأحضره نائب العمدة لديه مع باقى المتهمين بسبب هذا الاتهام وأراد عدم التبليغ عن الحادثة على أساس اجراء صلح بين الطرفين يدفع بمقتضاه المتهمون الى صاحب الفول عشرين قرشا تعويضا ، ولما لم يدفعوا تدخل وكيل شيخ الخفراء فى الأمر وفتش المتهمين وضربهم ، فكانت الضربة التى أصابت المجنى عليه قاضية على حياته ، وكان المجنى عليه وقت الحادثة مقبوضا عليه فى منزل نائب العمدة تحت حراسة رجال الحفظ الذين منهم وكيل شيخ الخفر . وكانت المحكمة الابتدائية قد قضت برفض دعوى التعويض المقامة على الحكومة عن جريمة وكيل شيخ الخفر اعتمادا على أن الباعث على ارتكاب الجريمة التى قارفها المذكور لا علاقة لها بوظيفته . ومحكمة النقض لم تر هذا الرأى ، فنقضت الحكم وقضت بمسئولية الحكومة وقررت أنه اذا تعدى وكيل شيخ الخفراء بالضرب على المجنى عليه فى الظرف المتقدم كان هذا التعدى واقعا منه أثناء تأدية وظيفته ، ولم يكن التفتيش والضرب الا اعتمادا على تلك الوظيفة ، وبذلك تكون الحكومة مسئولة مدنيا عن

نتيجة خطأ المتهم طبقا للمادة ١٥٢ مدنى ، ولا تأثير للباعث على الجريمة ، وهو فرض الصلح على المجنى عليه فى الدعوى الحالية وعدم قيامه بدفع المطلوب منه ، لأن نص تلك المادة صريح فى فرض المسئولية على المخدوم عن كل ما يأتيه الخادم حال تأدية عمله بقطع النظر عن البواعث التى يمكن أن تكون قد دفعته الى ارتكاب ما ارتكب ، ولأن أساس مسئولية المخدوم عن خطأ خادمه يرتكز على افتراض سوء الاختيار والنقص فى الرقابة ، ويكفى لقيام هذا الافتراض أن يرتكب الخادم الخطأ أثناء تأدية عمله سواء كان هذا الخطأ ناشئا عن باعث شخصى له أو عن الرغبة فى خدمة مخدومه » •

ونلاحظ على هذا الحكم أنه لا يوجد فى وقائعه أى أثر لباعث شخصى عند شيخ الخفر كان يسوغ للمحكمة الاستئنافية أن تستبعد مسئولية الحكومة استنادا اليه أو كان يحتاج من محكمة النقض أن تعرض بالنفى لما قد يترتب على الباعث الشخصى من استبعاد مسئولية السيد . وذلك ان الثابت من الوقائع أن نائب العمدة أراد عدم التبليغ عن الحادثة على أساس اجراء صلح بين الطرفين ، وان شيخ الخفر تدخل لفرض الصلح على المتهمين ، فوقع منه ما وقع • ومما لا شك أن المصلحة العامة التى تمثلها الدولة تقتضى من شيخ الخفر وسائر رجال الادارة اذا ما رفع اليهم نزاع أن يعرضوا الصلح على المتنازعين ، فاذا جاوز شيخ الخفر حدود وظيفته بأن أراد أن يفرض عليهم الصلح ، فان عمله يعتبر تزيدا منه لحساب الدولة مخدومته ولا يمكن اعتباره صادرا عن باعث شخصى • فاذا استبعدت المحكمة الاستئنافية مسئولية الدولة استنادا الى أن الفعل الضار وقع من شيخ الخفر بدافع شخصى كان يكفى فى نقض حكمها أن تقرر محكمة النقض أن الباعث ليس شخصيا بل متصلا بالوظيفة ، وكان لها فى ذلك غنى عن الاستطراد الى القول بأن مسئولية السيد تقوم بقطع النظر عن البواعث التى يمكن أن تكون قد دفعت التابع الى ارتكاب ما ارتكب ، ونرى أن ما قررته المحكمة فى هذا الشأن يعتبر تزيدا منها لم يكن يقتضيه الحكم

فى القضية التى كانت معروضة عليها ، ولا يصح أن نرى فيه عدولا منها عن المبدأ الذى سبق أن قررته فى حكمى سنة ١٩٣٣ .

ومما يؤيد هذا الرأى ما قررته محكمة النقض بتاريخ ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ و ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ فى حكميها محل هذا التعليق ، واللذين فرقت فيهما بين فعل التابع الذى يقع منه فى أثناء تأدية الوظيفة، وفعله الذى لم يقع منه فى وقت تأدية الوظيفة بالذات ؛ حيث قالت عن الحالة الأولى ان السيد يسأل فيها على الاطلاق ، أى بغض النظر عما اذا كان الفعل الضار قد ارتكب لمصلحة التابع خاصة أو لمصلحة المخدوم ، وعما اذا كانت البواعث التى دفعت اليه لا علاقة لها بالوظيفة أو متصلة بها . أما عن الحالة الثانية ، فقد اكتفت بأن تقرر مسئولية السيد ، وأن تبين شرطها (وهو أن تكون الوظيفة هى التى ساعدت على اتيان الفعل الضار وهيأت للتابع فرصة ارتكابها) ، وأساسها (وهو اساءة التابع استعمال شئون الوظيفة) ، دون أن تذكر أن هذه المسئولية تقوم على الاطلاق بغض النظر عن البواعث التى يمكن أن تكون قد دفعت التابع الى ارتكاب فعله .

وبما أنا قد بينا أن وقوع الخطأ من التابع فى الوقت المخصص لتأدية وظيفته يصلح أن يكون أساسا لقرينة قضائية على أن الفعل يعتبر خطأ فى الوظيفة ، وان محكمة النقض تعتبره كذلك ، فيمكننا أن نستنتج من عبارات المحكمة أنها تفرق بين الخطأ فى تأدية الوظيفة فترتب عليه مسئولية مطلقة بغض النظر عن البواعث ، وبين الخطأ بتجاوز حدود الوظيفة فترتب عليه مسئولية يصح فى تقريرها النظر الى البواعث التى دفعت التابع الى ارتكاب الخطأ ، فتكون المحكمة قد حددت بذلك وأكملت نظريتها التى بدأتها فى حكمى سنة ١٩٣٣ والتى خيل للناس أنها عدلت عنها فى حكم سنة ١٩٣٧ ، وهى تلخص فى أنه اذا كان فعل التابع خطأ فى تأدية الوظيفة ، فلا محل للنظر فى الباعث الذى دفعه الى ارتكابه . أما اذا كان فعله يعتبر تجاوزا فى حدود الوظيفة فيسأل عنه سيده الا اذا ثبت أن التابع قد ارتكب ذلك الفعل بدافع شخصى .

وهذا يفسر لنا حكم سنة ١٩٣٣ الذى قضى بعدم مسئولية الحكومة عن عمل الخفير الذى جاوز حدود وظيفته بأن صمم على خلع جـازية الساقية بدافع الانتقام الشخصى من مالكها ، كما يفسر لنا حكم سنة ١٩٣٧ الذى قضى بمسئولية الحكومة عن عمل الخفير الذى جاوز حدود وظيفته بدافع الرغبة فى فرض الصلح على المتنازعين ، وهو دافع بينـا أنه بعيد عن أن يكون شخصيا ، بل هو أقرب ما يكون لمصلحة الـدولة المخدومة .

ونحن لا يسعنا الا أن نقر محكمة النقض على هذه النظرية ، بل نراها أدنى الى الصواب وأقرب الى تحقيق العدالة من التعميم الذى يقول بأن لا عبرة بالباعث الشخصى فى جميـع الأحوال ، أو ذاك الذى يرى أن صدور فعل التابع عن باعث شخصى يترتب عليه نفى مسئولية السيد فى جميع الأحوال .

ولعله من المفيد فى تدعيم نظرية محكمة النقض فى هذا الشأن أن نفند هنا أوجه النقد التى وجهها الأستاذ مصطفى مرعى الى حكم سنة ١٩٣٣ .

يرى الأستاذ مصطفى مرعى ان القول باستبعاد مسئولية السيد كلما كان التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شخصى يتجافى مع صريح نص المادة ١٥٢ ويصطدم مع الأساس الذى تقوم عليه المسئولية التى يفرضها هذا النص على السيد .

ونحن نسلم بصحة هذا النقد اذا كان موجها الى حكم محـكمة النقض الصادر فى سنة ١٩٣٣ بحسب الظاهر منه من حيث نفيه لمسئولية السيد كلما كان التابع قد ارتكب الفعل الضـار بدافع شخصى ولو كان ذلك الفعل خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات .

أما بعد أن حددت محكمة النقض نظريتهـا ، وكشفت عن حقيقة قصدها فى أن نفى المسئولية عن السيد بسبب الباعث الشخصى عند التابع

لا يكون الا فى حالة تجاوز التابع حدود وظيفته ، فلم يعد هذا النقد ينطبق عليها • ذلك أن التمسك بحرفية نص المادة ١٥٢ لا يكون صحيحا الا اذا جعلنا مسئولية السيد مقصورة على حالة الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، كما يؤدى الى ذلك تفسير النص تفسيرا دقيقا بغير توسع ، وفى تلك الحالة التى يصح فيها القول بأن مسئولية السيد ترتكز على أساس خطأ مفروض فى جانبه والتى تكون المسئولية فيها مطلقة لا ينظر فيها الى البواعث التى يمكن أن تكون قد دفعت التابع الى اتيان ما أتى • أما اذا أردنا أن نساير القضاء فى التوسع فى مسئولية السيد بحيث تشمل أيضا حالات التجاوز فى حدود الوظيفة . فيجب أن لا يغيب عنا : (١) أن القضاء هو الذى أنشأ المسئولية فى هذه الحالات قاصدا أن يجعل منها مسئولية مكملة للمسئولية الأصلية التى قررها المشرع بالمادة ١٥٢ ، فأقحم هذه الحالات ضمن مشتملات هذه المادة اقحاما • (٢) وان المسئولية فى هذه الحالات لا ترتكز على أساس من الخطأ المفروض بل على أساس تحمل التبعة •

فاذا قالت محكمة النقض ان هذه المسئولية تنتفى متى ارتكب التابع فعله بدافع شخصى لا لمصلحة مخدومه كان رأيها فى ذلك متفقا مع أساس هذه المسئولية ، ولا يصح الاعتراض عليه لا بحرفية نص المادة ١٥٢ ، ولا بالأساس الذى ترتكز عليه مسئولية السيد عن الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات •

واذا رجعنا الى [illegible] بها مرعى بك ليدلل على أن المحاكم تقضى بمسئولية السيد حتى لو ثبت أن التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شخصى ، وجدنا أن الحالات التى قضت فيها المحاكم بذلك يعتبر ما وقع فيها من التابع خطأ فى تأدية وظيفته بالذات • ومن ذلك حالة الخفير الذى كلف حراسة الصراف فاغتاله واختلس ما فى عهدته من أموال ، وحالة ساعى البريد الذى كلف أن يسلم الى المرسل اليه خطابا فاختلسه ؛ وحالة سائق السيارة الذى عهد اليه سيده نقل

طفلة فهتك عرضها • فاذا جاز الاحتجاج بهذه الأحكام للاعتراض على نظرية محكمة النقض كما فهمت فى سنة ١٩٣٣ ، فانه لا يجوز بعد أن حددت المحكمة نظريتها بحكمى سنة ١٩٤٠ و ١٩٤١ وأصبحت تفرق بالنسبة لما يترتب من أثر على الباعث الشخصى عند التابع بين حالتين : حالة الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، وحالة الخطأ بتجاوز حدود الوظيفة •

يضاف الى ذلك أن هذه التفرقة لها ما يبررها من الناحية الأدبية ، لأنه اذا التزم التابع حدود وظيفته يكون واقعا تحت سلطة سيده وخاضعا لرقابته خضوعا تاما فتكون مسئولية السيد مسئولية شاملة • أما اذا جاوز التابع هذه الحدود فيكون قد باعد بينه وبين سلطة سيده ورقابته ، فمن المعقول أن لا تكون مسئولية السيد — اذا ما سلمنا بها — مسئولية شاملة •

غير أنا نود قبل أن نختتم هذا البحث أن ننبه الى أن الباعث الشخصى للتابع — الذى تنتفى به مسئولية السيد فى حالة تجاوز التابع حدود وظيفته — يجب أن يبحث عنه فى الفعل الضار ذاته لا فى الفعل المكون للتجاوز • فاذا كان العمل المكون للتجاوز هو بذاته الذى نتج عنه الضرر كان للباعث على ارتكابه أثر فى مسئولية السيد (ومثل ذلك حالة الخفير الذى جاوز حدود وظيفته بخلع جازية السلقية بدافع الانتقام) ، أما اذا وقع التجاوز أولا فترتب عليه امتداد فى حدود الوظيفة ، ثم وقع الفعل الضار فى أثناء هذا الامتداد . كما هو شأن السائق الذى يختلس عربة سيده ليستعملها فى أمر خاص به دون سيده ، فيرتكب بها حادثا ، فانه يكون قد جاوز حدود الوظيفة بدافع شخصى ، ولكن ذلك لا يكفى لرفع المسئولية عن سيده ، بل يجب النظر الى الحادث الذى أعقب ذلك ، فاذا ثبت وقوع ذلك الحادث باهمال أو عدم انتباه بقى السيد مسئولا ، أما اذا كان السائق قد تعمد وقوع الحادث باهمال أو عدم انتباه بقى السيد مسئولا ، أما اذا كان السائق قد تعمد وقوع الحادث بدافع الانتقام انتفت مسئولية السيد •

تطبيق المبـادىء على الوقائع

حكم ٢٢ أبريل ١٩٤٠ : تتلخص وقائع هذا الحكم فى أن ناظـر مدرسة أميرية لاحظ تكرار الاهمال من أحد الفراشين ، فأنبه على ذلك مرارا ، فاغتاظ الفراش من الناظر وحقد عليه ، وصمم على أن ينتقم منه ، وانتظره عند باب المدرسة مع زملائه الفراشين فيها ، وتظـاهر عند خروج الناظر من المدرسة بأنه انما يقترب منه لكى يفتح له — بصفته رئيسه — باب السيارة التى كانت فى انتظاره ، وتمكن من اغتياله فى هذا المكان ، فرفعت الدعوى الجنائية على الفراش وادعى والد المجنى عليه بالحق المدنى على الفراش وعلى وزارة المعارف باعتبارها مسئولة عن فعل تابعها ، وقضت محكمة الجنايات بالزام الفراش بالتعويض وبرفض الدعوى قبل وزارة المعارف ، بناء على أنه يشترط فى مسئولية السـيد عن أعمال تابعه أن يكون الحادث المستوجب للتعويض داخلا فى طبيعة عمل المستخدم عندها ، وأن يكون قد ارتكبه بصفته مستخدما ، فى حين أن الفراش ارتكب القتل خارج المدرسة فى الشارع العمومى حيث كان أى مجرم يستطيع القيام بمثل فعلته ، فضلا عن أن الاغتيال لا يمكن بأى حال اعتباره داخلا فى طبيعة عمل الفراش .

طعن المدعى المدنى فى هذا الحكم بأنه أخطأ فى تطبيق القانون لأن المـادة ١٥٢ مدنى لا تشترط وجود صلة بين الحادث وبين طبيعة العمل الذى يؤديه الخادم ، كما أن مسئولية السيد فيها مفترضة افتراضا ، فيكفى أن يرتكب الخادم خطأ أثناء تأدية عمله سواء أكان هذا الخطـأ صادرا عن مجرد الرغبة فى أداء خـدمة للسيد أم عن باعث شخصى ، فضلا عن أنه لو لم يكن المتهم موظفا لمـا أمكن تصور وقوع الجريمـة ولا قيام المجنى عليـه بأى تصرف من هذه التصرفات الحكوميـة مع المتهم ، فالقانون يحمل السيد فى هذه الصورة المسئولية عن عمل خادمه مادامت الوظيفة هى التى مكنت الخادم من ارتكاب الحادثة وهيأت له سبيل ذلك ولو وقعت الجريمة فى غير وقت الخدمة ، فلا يهم اذن أن

تحصل الجريمة خارج المدرسة مادام المتهم قد أقدم على ارتكابها ضد رئيسه بسبب الوظيفة التى كان يشغلها .

وقد قبلت محكمة النقض هذا الطعن ، وألغت الحكم المطعون فيه ، وألزمت وزارة المعارف بالتعويض بالتضامن مع الفراش ، بعد أن قررت المبادىء التى أشرنا اليها فيما سبق .

وقد اعتبرت المحكمة ما وقع من الفراش « غاية فى الدلالة على أن وظيفة المتهم بوصف كونه فراشا فى المدرسة تحت رعاية المجنى عليه هى التى هيأت له كل الظروف التى مكنته من اغتيال المجنى عليه بطريق الخيانة ، لأنه لو لم يكن كذلك لما استطاع أن ينتظر غريمه ويترصد له آمنا مطمئنا أمام باب المدرسة حيث وقعت الواقعة . ولما كان هناك من مناسبة لأن يقترب من المجنى عليه تحت ستار أداء الواجب عليه له ثم يغدر به » .

وفى وسعنا أن نستخلص من ذلك النتائج الآتية :

١ — أن المحكمة كيفت ما وقع من الفراش بأنه تجاوز منه لحدود وظيفته مبنى على أن وظيفته هى التى هيأت له ارتكاب الجريمة .

٢ — أنها ما عولت على هذا الظرف الأخير الا لأنه ثبت لها أنه لو لم تكن وظيفة الفراش لما استطاع أن يرتكب فعلته .

٣ — انه كان يجب أن يترتب على هـذا التكييف اخلاء مسئولية وزارة المعارف متى ثبت أن الفراش اقترف جريمته بدافع الانتقام الشخصى . غير أنا اذا نظرنا الى هذا الدافع الشخصى وجدناه هو ذاته متصلا بوظيفة الفراش برابطة السببية ، لأن رغبة الانتقام لم توجد فى نفس الفراش الا بسبب ما تفرضه عليه وظيفته من علاقة برئيسه الذى اختلف معه فى شأن تأدية الوظيفة ، مما جعله يحقـد عليه وينتوى

الانتقام منه • وبناء على ذلك لا يكون هذا الدافع — ولو أنه شخصى — أجنبيا عن الوظيفة ، لا تنتفى به مسئولية السيد • وهذا ما يفسر قضاء محكمة النقض بمسئولية وزارة المعارف ، بعد أن قررت المبادىء القانونية التى استعرضناها (٣٠) •

٤ — على أنا نعتقد أنه كان فى وسع المحكمة أن تختصر الطريق ، وتعتبر ما وقع من الفراش خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات تترتب عليه مسئولية الوزارة بقطع النظر عن الدافع الشخصى ، ذلك أنه لا شك فى أن وظيفة الفراش تفرض عليه واجب احترام رئيسه واطاعة أوامره وتنفيذها باخلاص • فاذا اختلف الفراش مع رئيسه فى شأن من شئون الوظيفة ، واعتدى عليه بسبب ذلك ، فقد أخل بأول واجب تفرضه عليه وظيفته •

حكم ٢٧ يناير ١٩٤١ : تتلخص وقائع هذا الحكم فى أن خفيرا أحب زوجة أحد سكان العزبة التى يخفرها ، فانتوى تطليقها منه كى يتزوجها هو ، ولما لم يجد الى ذلك سبيلا عول على أن يتخلص من الزوج بقتله ، فاحتال على ذلك بأن اتفق مع بعض العرب الضاربين خيوشهم فى أحد أطراف العزبة على تصوير حادث سطو ، وفى الليلة المتفق عليها جلس الخفير فى المساء أمام منزله مع الزوج وآخرين ، وتظاهر لهم بأنه متهيب الليلة ويشعر بالخوف بسبب نباح الكلاب لجهة المزارع وانه يخشى أن يكون بالغيط لصوص ، وانصرف الجميع الى بيوتهم والخفير الى دركه ، ثم ادعى أنه شعر بدوار فى رأسه حوالى الساعة الثالثة صباحا ، فعاد الى منزله ليستريح قليلا ، وأنه سمع بمجرد دخوله نباح الكلاب فى المزارع وأصوات استغاثة ، وأنه خرج

---

(٣٠) وقد ذهبت محكمة النقض فى حكم حديث لها بتاريخ ١٠ نوفمبر ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٥٨٩ سنة ٥٠ ق الى اطلاق مسئولية المتبوع عن خطأ تابعه كلما كان هذا الخطأ قد وقع اثناء تأدية التابع وظيفته او كلما استغل وظيفته او ساعدته على ذلك سواء كان الفعل لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى بعلم المتبوع او بغير علمه .

على الفور من منزله واذ ذاك سمع صوت عيار نارى ، فأطلق هو عيارا آخر صوب الجهة التى سمع فيها العيار الأول ، وتبودلت العيارات بينه وبين اللصوص ، وبعد أن هدأت الاستغاثة أبصر شخصا مسرعا نحوه فظنه أنه من اللصوص فأطلق عليه عيارا من مسافة مترين بينهما ، ثم هجم عليه وضربه بماسورة البندقية على رأسه خوفا من أن يكون العيار لم يصبه ، ثم ذهب الى منزل شيخ العزبة وأبلغه بالحادث ، ثم ظهر بعد ذلك أن القتيل هو الزوج •

رفعت الدعوى العمومية على الخفير بتهمة القتل عمدا مع سبق الاصرار باعتبار أنه قد دبر هذا الحادث وصور وقائعه ليتمكن من قتل الزوج تحت ستاره ، وادعى أهل القتيل مدنيا ضد الخفير ووزارة الداخلية باعتبارها مسئولة عن فعل الخفير التابع لها • وقضت محكمة الجنايات بادانة الخفير وبالزامه بالتعويض وبرفض الدعوى قبل وزارة الداخلية بناء على أن المتهم — وان كان ما ينسب اليه جنائيا قد ارتكبه أثناء تأدية وظيفته — الا أنه قد ارتكبه بسوء قصد وبدافع شخصى محض وهو التخلص من المجنى عليه ليتمكن من التزوج بزوجته •

طعن المدعى المدنى فى هذا الحكم بأنه أخطأ فى تطبيق القانون لأن المادة ١٥٢ مدنى صريحة فى وجوب مسئولية المخدوم مدنيا عن كل ما يقع من خادمه حال تأدية عمله بقطع النظر عن البواعث التى قد تكون دفعته الى ارتكابه ، فهذه المسئولية تكون ثابتة كلما كان الخطأ قد وقع من الخادم أثناء تأدية وظيفته ، وكذلك اذا كان قد وقع بمناسبة الوظيفة متى كان متصلا بها اتصالا وثيقا يمكن معه القول بأنه اذا لم تكن الوظيفة لما كان الخطأ ، ولما كان الثابت فى الحكم أن الوظيفة هى التى هيأت للمتهم ارتكاب الحادث ، فان وزارة الداخلية تكون مسئولة معه بطريق التضامن عن تعويض الضرر الذى تسبب فى حصوله اعتمادا على وظيفته •

وقد قبلت محكمة النقض هذا الطعن ، وألغت الحكم المطعون فيه ،

وقضت بمسئولية وزارة الداخلية بالتضامن مع الخفير بعد أن قررت المبادىء التى أشرنا اليها فيما سبق • وقد اعتبرت المحكمة أن ما وقع من المتهم « انما وقع منه بوصفه خفيرا فى الليل وفى الدرك المعين لتأدية خدمته فيه ، مما يقطع بأنه قد ارتكب الخطأ أثناء تأدية وظيفته ، كما أن الثابت أيضا أنه قد ارتكب خطأه بالسلاح المسلم اليه من الحكومة التى استخدمته ، وأنه انما تذرع بوظيفته فى التضليل بالمجنى عليه حتى طاوعه وجازت عليه الخدعة ثم تمكن من الفتك به ، مما يقطع من ناحية أخرى بأن وظيفة المتهم هى التى سهلت له ارتكاب جريمته ، وبأنه لولاها لم يكن يستطيع ارتكاب ما ارتكبه على المجنى عليه • ومتى كان ذلك كله واضحا كانت مسئولية الحكومة عن تعويض الضرر الذى تسبب فيه المتهم باعتباره خفيرا معينا من قبلها ثابتة سواء على أساس أن الفعل الضار وقع منه أثناء تأدية وظيفته أو على أساس أن الوظيفة هى التى هيأت له ظروف ارتكابه • ولا يرفع عنها هذه المسئولية أن يكون المتهم قد ارتكب فعلته بعامل شخصى خاص به وحده ولا شأن لها به أو عدم ثبوت أى خطأ من جانبها هى — كما يقول الحكم المطعون فيه — فان مسئوليتها عن عمل خادمها فى هذه الحالة مفترضة بحكم القانون على أى من الأساسين المذكورين » •

وفى وسعنا أن نستخلص من ذلك النتائج الآتية :

١ — ان المحكمة اعتبرت أن الخفير قد قام بفعلته أثناء تأدية وظيفته ، أى أن ما وقع منه خطأ فى تأدية وظيفته بالذات ، وهذا صحيح ، لأن من واجبات الخفير أن يحرس العزبة وسكانها فى أثناء الليل ، وأن يحول دون السطو عليها ، فاذا انتقض على هذا الواجب فى الوقت الذى هو مكلف فيه به ، بأن سرق شيئا من العزبة ، أو سطا عليها ، أو اتفق مع لصوص على السطو عليها ، أو صور حادث سطو ليستتر به قتل غريم له ، فان اخلاله بواجبه على هذه الصورة يعتبر دون شك خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، تترتب عليه مسئولية وزارة الداخلية مسئولية مطلقة بقطع النظر عن الدوافع الشخصية •

٢ — انه كان للمحكمة فى هذا الأساس الأول لمسئولية السيد غنى عن الأساس الثانى الذى استندت اليه وهو تجاوز الخفير حدود وظيفته باساءة استعمال السـلاح المسلم اليه وباستعمال وظيفته فى التضليل بالمجنى عليه ، بل انه لو اقتصر الأمر على هذا الأساس الأخير وحـده لتعين الحكم بنفى المسئولية عن الوزارة بناء على أن الخفير قد ارتكب فعلته بعامل شخصى خاص به وحـده ولا شأن لها به . أما وقد بنت المحكمة مسئولية الوزارة على الأساسين معا فقد استطاعت أن تضرب صفحا عن البـاعث الشخصى ولم يساعدها على ذلك الا أنهـا بدأت بتكييف فعل الخفير بأنه خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات .

٣ — ان المحكمة اذ عولت الى حد ما على كون وظيفة الخفير هى التى هيأت له ظروف ارتكاب الحادث ، قد راعت فى ذلك — كما راعته فى الحكم السابق أيضا — أنه لولا وظيفة التابع لـما استطاع ارتكاب ما ارتكبه على المجنى عليه . فهى بذلك قد ضمت شرط السببية الى شرط كون الوظيفة هى التى سهلت للتابع ارتكاب الفعل الضار ، بل الواقع انها لم تكتف بهذا الشرط الأخير وحده — كمـا قد يتبادر الى الذهن بادىء الأمر من عبارتها الأولى — وانما اشترطت أن تكون بين الوظيفة والعمل الضـار رابطة سببية مباشرة طبقـا لنظرية تعـادل الأسباب (أنظر كتابنا فى نظـرية دفع المسئولية المدنية ص ١٦) ، وما عولت على كون الوظيفة سهلت ارتكاب الفعل الضار الا باعتبار هـذا الظرف عنصرا من عناصر تقدير تلك السببية .

خـلاصة البحث : وخلاصة ما تقدم أن محكمة النقض قد أصابت من الناحية الموضوعية فى هذين الحكمين ، وحققت العدالة ، وانها كانت تسـتطيع ان تصـل الى ذلك حتى لو التزمت تفسير المـادة ١٥٢ بغير توسـع . أمـا وقـد توسعت فى هـذا التفسـير — ودون حـاجة ملجئـة الى ذلك — فينبغى أن نأخـذ ما قررته فى شىء من التحفظ ، فاذا جاريناها فى التسليم بضرورة مد مسئولية السيد الى ما يقع من

التابع فى تجاوز حدود وظيفته ، وجب أن نكتفى فى تعيين ما يعتبر تجاوزا لحدود الوظيفة بالتعويل على مجرد وقوع الفعل الضار من التابع فى الوقت المخصص لتأدية وظيفته ، ولا على كون الوظيفة هى التى هيأت للتابع ارتكاب ذلك الفعل ، وكان لنا أن ننتظر من محكمة النقض أن تعيد النظر فى هذه المسألة — كلما دعتها الى ذلك ظروف القضايا التى تعرض عليها — حتى توفق الى وضع ضوابط تكون أقرب الى الكمال وأدنى الى تحقيق العدالة .

غير أنه يبدو لنا منذ الآن أنه مهما كان الضابط الذى ستقف عنده محكمة النقض ، فلابد من التسليم بأنه سيخرج بمسئولية السيد فى هذه الحالة عن أن يكون أساسها الخطأ المفروض فى الرقابة والتوجيه ، ويجعلها تقوم على نظرية تحمل التبعة ، وانه سيبقى هناك دائما محل للتفرقة بين مسئولية السيد عن خطأ تابعه فى تأدية وظيفته بالذات ، وبين مسئوليته عن الخطأ فى تجاوز حدود الوظيفة ، فتكون المسئولية فى الحالة الأولى مطلقة لا يؤثر فيها أن يكون التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شخصى . أما فى الحالة الثانية ، فمسئولية السيد تمتد بما صدر عن التابع من تجاوز حدود الوظيفة ، ولكنها تعود فتنتفى اذا كان التابع قد ارتكب الفعل الضار فى أثناء تجاوز حدود وظيفته بدافع شخصى (٣١) .

---

(٣١) وقد اتجهت نية واضعى مشروع تنقيح القانون المدنى المصرى فى هذا الشأن الى تقنين احكام المحاكم المصرية بخصوصه ولا سيما احكام محكمة النقض الاخيرة التى كنا قد وجهنا اليها ما تقدمت الاشارة اليه من نقد ، فنصوا فى المادة ١٧٨ من المشروع على ان « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع اذا كان هذا العمل داخلا فى أعمال الوظيفة التى عهد بها اليه ، ويكون مسئولا كذلك اذا كانت الوظيفة هى التى هيأت للتابع الفرصة لارتكاب العمل غير المشروع ولو لم يكن هذا العمل من بين اعمال تلك الوظيفة — وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن للمتبوع حق فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه وكان يملك أمر فصله — ويستطيع المتبوع ان يخلص من المسئولية اذا اثبت انه لم يكن فى مقدوره ان يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر » .

ويبين من نص الفقرة الاولى من هذه المادة قصد واضعى المشروع الاخذ =

= بما ذهبت اليه محكمةالنقض فى قضائها الاخير من توسع فى مسئولية المتبوع يجعل هذه المسئولية غير مقصورة على ما يقع من التابع من اخطاء فى تأدية وظيفته بالذات ، بل شاملة أيضا كل خطأ تكون وظيفة التابع قد هيأت له الفرصة لارتكابه ، وتقدم القول أن محكمتنا العليا كانت جاوزت بما ذهبت اليه فى هذا الشأن أقصى حدود التوسع التى وصلت اليها المحاكم الفرنسية ولم يغب عن واضعى المشروع ان الاخذ بذلك يجعل كفة المصاب ترجح كفة المتبوع رجحانا يخل بما ينبغى أن يتوخاه المشرع من توازن بين المصالح المتعارضة ، فعملوا على اعادة هذا التوازن بأن أجازوا فى الفقرة الثالثة للمتبوع أن يدفع مسئوليته باقامة الدليل على أنه لم يكن فى مقدوره أن يمنع العمل غير المشروع .

غير أنه لما عرض المشروع على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، اخذت بما كنا قد وجهناه الى أحكام محكمة النقض المصرية من نقد . « ورأت عدم الموافقة على الحكم الوارد فى الفقرة الاولى من المادة ، ولو أن أحكام محكمة النقض المصرية مطردة فى تقرير المسئولية اذا كانت الوظيفة هى التى هيأت للتابع ارتكاب العمل غير المشروع ، لان تقنين مثل هذا الحكم المقتبس من احكام المحاكم عمل تشريعى غير سليم ، ومن المستحسن الاستمرار على الوضع الحالى وترك الامر لتقدير القضاء » .

وبناء على ذلك حذفت اللجنة العبارة الثانية من الفقرة الاولى واستعاضت عنها باضافة كلمتى « أو بسببها » الى العبارة الاولى من الفقرة ، وهكذا تألف النص الذى صدر به القانون .

ويبين من الادوار التى مر بها هذا النص ان المشرع قصد به تقنين احكام المحاكم ، فيما عدا الصيغة التى كانت محكمة النقض قد اخذت بها فيما يتعلق بكون الوظيفة هى التى هيأت للتابع ارتكاب العمل غير المشروع ، أى انه لم يقصد قصر مسئولية المتبوع على الاحوال التى بكون ما وقع فيها من التابع خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، بل جعلها تشمل الحالات التى يكون فيها خطأ التابع قد وقع منه بسبب الوظيفة ، أى انه وقع منه فى نشاط خارج عن حدود الوظيفة بالذات ، ولكنه يتصل بها بعلاقة سببية وثيقة بحيث يعتبر امتدادا لها ، سواء اكان هذا الامتداد من طريق التزيد فى عمل من اعمال الوظيفة ام كان من طريق اساءة استعمال شئون الوظيفة كما تقدم .

وبناء على ذلك يمكن القول أن مسئولية المتبوع وفقا للتقنين الجديد تشمل احوال مسئوليته التى كانت مقررة قضاء فى ظل التقنين الملغى ، فيما عدا حالة كون الوظيفة هى التى هيأت للتابع ارتكاب العمل غير المشروع ، فان المسئولية فى هذه الحالة لا تقوم الا اذا توافرت صلة السببية المباشرة بين الوظيفة والعمل غير المشروع اى اذا ثبت انه لولا الوظيفة لما ارتكب التابع ذلك العمل .

ونرى أن التفرقة التى تقدم ان المحاكم المصرية قد استنبطتها فى ظل التقنين الملغى — فيما يتعلق بأثر ارتكاب التابع عمله غير المشروع بدافع شخصى — بين اعمال التابع التى تعد خطأ فى تأدية وظيفته بالذات واعماله التى تعد تجاوزا لحدود الوظيفة ، ان كانت تعتبر فى ظل التقنين الملغى =

مسئولية السيد عن فعل تابعه وشرط وقوع فعل التابع حال تأدية وظيفته (٣١) :

استعرضنا فى تعليقـات سابقة قضـاء محكمتنا العليـا فى شأن مسئولية السيد عن فعل تابعه وبخاصة ما يتعلق منه بشرط وقوع فعل التابع حال تأدية وظيفته ، وانتقدنا التوسع الهائل الذى سارت عليـه محكمة النقض فى تطبيق هذا الشرط ، ووقفنا فى النهاية عند حكم صدر من دائرتها المدنية بتاريخ ١٤ مايو ١٩٤٢ بدا لنا منه أن المحكمة أخذت تتشكك فى صحة هذا التوسع وتضع عليه علامة استفهام تمهيدا لضبطه وتقييده (أنظر مجلة القانون والاقتصاد ١٩٤٣ ص ١٥٥ وما بعدها) .

ويبدو أن هذا الشك الذى كان قد ساور الدائرة المدنية حبنا قـد

= تفرقة اجتهادية لا تستند الى نص ، فقد أوجد لها التقنين الجـديد سندا قانونيا بنصه فى المادة ١٧٤ منه على مسئولية المتبوع عما يرتكبه تابعه « فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها » ذلك أن الفعل الضار الذى يكون مسلما أنه لم يرتكب فى حالة تأدية الوظيفة لا يمكن أن يعتبر مرتكبا بسبب الوظيفة متى ثبت أن التابع قد ارتكبه بدافع شخصى كالانتقام أو غيره .

واذن فالنص يؤيد أن المتبوع يسأل عن الخطأ الذى يرتكبه تابعه فى تأدية الوظيفة بالذات ولو ارتكبه بدافع شخصى لان هـذا الـدافع لا ينفى وقوع الفعل حال تأدية الوظيفة كما ان النص يؤيد عدم مسئولية المتبوع عما يرتكبه التابع عندما يجاوز حدود وظيفته بدافع شخصى لان هذا الدافع ينفى ارتكاب الفعل بسبب الوظيفة .

وقد قضت بذلك محكمة النقض حيث قررت فى ٢٦ يناير ١٩٥٤ أن المادة ١٧٤ قد جعلت مسئولية المتبوع منوطة بأن يكون عمل التابع غير المشروع واقعا منه فى حالة تادية وظيفته أو بسببها . واذن فمتى كان الخفير المتهم لم يكن عند ارتكابه جريمة القتل يؤدى عملا من أعمال وظيفته — مادام أنه كان قد تخلى عن عمله الرسمى وغادر منطقة حراسته للطـرق الزراعيـة خارج البلدة الى مكان الحادث داخل البلدة ، اذ خف اليـه عندما سمع بالمشاجرة للاعتداء على خصومه وقتل المجنى عليه — وكان المتهم لم يرتكب جريمتـه بسبب الوظيفة وانما قتل المجنى عليه لنصرة فريقه ولشفاء ما يحمله من غل وحقد نحو خصومه وانتقاما منهم ، متى كان ذلك فان وزارة الداخلية لا تكون مسئولة عن جريمة خفيرها مادامت وقعت خارج منطقة حراسته ولم تكن فى حالة تادية وظيفته ولا بسببها .

(٣١) هذا الحكم لم يكن قد نشر بعد عند تعليقنا عليه ، ثم نشر فى المحاماة ٢٧ ملحق مدنى ٤٠٦ — ١٦٩ .

تبدد ، وذهب معه كثير مما علقنا عليه من أمل فى اعادة النظر فى أمر ذلك التوسع فى مسئولية السيد عن فعل تابعه . فقد أصدرت الدائرة المدنية بمحكمة النقض حكما حديثا بتاريخ ٢٨ نوفمبر ١٩٤٦ (٣٢) فى الطعن المقيد بجدول المحكمة نمرة ١١٥ سنة ١٥ قضائية وبجدول النيابة نمرة ١٢٤ سنة ١٩٤٥ انحازت فيه الى قضاء الدائرة الجنائية الذى سبق لنا نقده وأقرت التوسع فى مسئولية السيد من عدة وجوه .

وتتلخص الوقائع التى صدر فى شأنها هذا الحكم الأخير فى أن كونستابلا انتدب من بنها الى القاهرة فى مأمورية رسمية هى القبض على أحد المجرمين ، وكان الكونستابل يحمل مسدسا حكوميا سلم اليه عند مغادرته بنها . وذهب الكونستابل فى القاهرة لزيارة أسرة قريبة له ، وفى أثناء مجالسة الأسرة لزائرها طلب أحد أبنائها من والده نقودا ، فشهر الكونستابل مسدسه عليه ليرهبه مداعبا ، فانطلق منه خطأ مقذوف أصاب الغلام ووالده . فطالب المجنى عليهما الكونستابل ووزارة الداخلية بالتعويض . ودفعت الوزارة مسئوليتها بأن الكونستابل لم يكن وقت وقوع الحادث يؤدى عمله لديها بل كان فى زيارة شخصية بحتة . وردت محكمة الموضوع على ذلك بقولها : « ان الآلة النارية (المسدس) التى نشأت عنها الاصابة لم يستلمها الكونستابل المذكور من الوزارة الا بحكم وظيفته وبسبب وجود هذا المسدس معه كموظف استطاع أن يلهو به ويعبث فى دار المصابين فيصوبه اليهما من غير أن يتحقق من خلوه من الرصاص . وهو عمل ينطوى على رعونة واهمال وعبث بما فى عهدته من سلاح يجعل الوزارة باعتبارها مخدومته مسئولة عن نتائجه » .

وقد طعنت الوزارة فى هذا الحكم بأنه أخطأ فى تفسير المادة ١٥٢ مدنى وفى تطبيقها ، اذ أن هذه المادة لا تلزم السيد بتعويض عن أفعال خدمه الضارة الا اذا وقعت منهم حال تأدية وظائفهم . وهى استثناء

---

(٣٢) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٧ عدد يونيه ١٩٤٧ .

جاء على خلاف القاعدة العامة التى تجعل أساس المسئولية خطأ المسئول نفسه ، والإستثناء لا يجوز التوسع فيه • ولما كان مناط مسئولية السيد هو بصريح النص وقوع الخطأ من الخادم حال تأدية وظيفته وكان الفعل المنسوب الى الكونستابل وقع منه وهو لا يؤدى وظيفته ، فان محكمة الموضوع اذ آخذت الوزارة بعمله وفقا للمادة ١٥٢ تكون قد أخطأت فى تطبيقها • ولئن كان بعض الفقهاء والمحاكم قد توسع فى تطبيق هذه المادة فجعلها تتناول الأحوال التى لا يقع فيها الفعل من الخادم حال تأدية الوظيفة اذا كان هو قد تجاوز حدودها أو أساء استعمالها أو كان الفعل وقع منه بمناسبتها ، فان فى ذلك خطأ فى تفسير نص استثنائى بما لا يحتمله • على أن أكثر الآراء تطرفا فى توسيع مسئولية السيد يقول بانعدامها اذا قام اتصال من لحقه الضرر بالخادم على أساس صفته الشخصية لا باعتباره تابعا ، وزيارة الكونستابل لمنزل المطعون ضده لم يكن لها شأن بوظيفته ، وكذلك تنعدم مسئولية السيد اذا كان الباعث على الفعل غريبا عن الوظيفة كما هو الحال فى واقعة الدعوى •

وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن وردت عليه : « بأن القول بأن المادة ١٥٢ مدنى اذ نصت على مسئولية السيد عن فعل خادمه جاءت استثناء من الأصل المقرر بالفقرة الأولى من المادة ١٥١ الذى بمقتضاه لا يسأل الانسان الا عن فعله هو قول ليس له سند من النص ولا من علة تشريعية ، بل القول الحق هو أن مسئولية السيد أساسها خطؤه بسوء اختيار من عهد اليهم بخدمته وبتقصيره فى مراقبتهم • ومن ثم لا تكون المادة ١٥٢ الا تطبيقا خاصا لقواعد المسئولية الشخصية وقد كان يمكن الاستغناء عنها بعموم نص المادة ١٥١ لو لم يرد الشارع أن يجعل من خطأ الخادم قرينة قاطعة على خطأ سيده • ومتى كان ذلك مقررا وجب تفسير هذه المادة بحيث يسرى حكمها على كل حالة تتناولها عبارتها وفحواها •

وبما أن هذه المادة تقرر مسئولية السيد عن « الضرر الناشىء

للغير عن أفعال خدمه متى كان واقعــا منهم فى حال تأدية وظائفهم » .
وتعميم النص على الاضرار الواقعة حال تأدية الوظيفة ، دون قصره على الأضرار الناشئة من تأديتها ، لا يجعل مسئولية السيد قاصرة على أعمال الوظيفة فحسب ، بل يجعلها شاملة لكل فعل ولو لم يكن من أعمال الوظيفة لكن هيأه للخادم أداؤها بحيث لولا هذا الأداء ما كان الفعــل يقع كما وقع ، وان كان هذا محل خلاف فى القانون الفرنسى حيث تبدو الفقرة الثــالثة من المــادة ١٣٨٤ من القــانون المــدنى اذ تقــول :
de dommage causé par leurs domestiques de préposés dans les fonctions auxqelles ils lesont employes
ضيقة المدى ، فأحرى بهذا الخلاف ألا يوجد فى القانون المصرى حيث تتسع المــادة ١٥٢ بقولها : du dommage cause par ses servieurs quand ce dommage a été causé par euxen exersant leurs fontions
لــكل الأضرار الواقعــة حال أداء الوظيفــة ســواء كانت ناشــئة عن خطأ فى أعمــال الوظيفــة نفسها أو فى أعمــال هيــأها للخــادم قيامه بالوظيفة فى الحــدود المرســومة من قبــل ... (وبعــد أن استعرضت المحكمة الوقائع قالت) : ... وهذا يفيد أن أداء الوظيفة هو الذى هيأ للموظف الفعل الذى نشأ عنه الضرر ، ومتى كان ذلك كذلك فلا عبرة بالباعث الذى دفعه الى فعلته ، هــذا وليس فى الواقع الذى أثبته الحكم ما يفيد أن الضرر الذى لحق المطعون ضده وابنه وقع نتيجة الزيارة الشخصية التى كان الكونستابل يؤديها لهما حتى يقال أن المطعون ضده وابنه كانا اذ ذاك على اتصال به بصفته الخاصة لا باعتباره تابعا بل أن الضرر وقع نتيجة عبث الموظف بسلاح فى عهدته بحكم وظيفته، فلا مفر للوزارة من المسئولية » .

ويمكن تلخيص ما قررته محكمتنا العليا فى النقط الآتية :

١ — ان نص المادة ١٥٢ مدنى المقرر لمسئولية السيد ليس نصــا استثنائيا ، واردا على خلاف القاعدة الأصلية المقررة فى المــادة ١٥١ فقرة أولى التى تقصر مسئولية المرء على ما يقع منه شخصيا ، وانمــا

هو تطبيق خاص لتلك القاعدة . وبناء على ذلك يجب تفسيره بحيث يسرى حكمه على كل حالة تتناولها عبارته وفحواه .

٢ — ان أساس هذه المسئولية خطأ السيد بسوء اختيار من عهد اليهم بخدمته وبتقصيره فى مراقبتهم .

٣ — ان نص المادة ١٥٢ مدنى مصرى أعم من نص المادة ١٣٨٤ فقرة ثالثة فرنسى ، وانه بسبب ذلك العموم يتسع لكل الأضرار الواقعة حال أداء الوظيفة سواء كانت ناشئة عن خطأ فى أعمال الوظيفة نفسها أو فى أعمال هيأها للخادم قيامه بالوظيفة فى الحدود المرسومة من قبل .

٤ — انه متى كان أداء الوظيفة هو الذى هيأ للموظف الفعل الذى نشأ عنه الضرر فلا عبرة بالباعث الذى دفعه الى فعلته .

٥ — انه اذا كان المجنى عليه على اتصال بالموظف بصفته الشخصية لا باعتباره تابعا لا يكون السيد مسئولا عما يقع من تابعه فى أثناء ذلك .

ونلاحظ على ثلاث المسائل الأولى أن ما قرره بشأنها هذا الحكم ينقض ما سبق أن قرره بشأنها الحكم الصادر من ذات الدائرة المدنية بتاريخ ١٤ مايو ١٩٤٢ (المحاماة ٢٣ — ٣٨٧ — ١٦٩) السابق الاشارة اليه .

فعن المسألة الأولى ، سبق أن قرر ذلك الحكم أن تلك المادة (المادة ١٥٢) بجعلها المسئولية تمتد الى غير الذى أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة الواردة فى المادة ١٥١ من القانون المدنى التى تقصر الالتزام بالتعويض على محدث الضرر ، وأنه بناء على ذلك يكون من المتعين عدم الأخذ بهذا الامتداد الا فى الحدود التى رسمها القانون ، وهى أن يكون الضرر واقعا من المتبوع أثناء قيامه بالوظيفة .

والواقع أن المسئولية المقررة بالمادة ١٥٢ ، حتى مع التسليم بأن أساسها خطأ السيد فى اختيار تابعه وتقصيره فى مراقبته ، فيها خروج على القواعد العامة على الأقل فيما يتعلق منهـا بوجوب اثبـات خطأ المسئول • وقد أقر حكم الدائرة المدنية الأخير بأنه كان يمكن الاستغناء عن نص المادة ١٥٢ بعموم نص المادة ١٥١ لو لم يرد الشارع أن يجعل من خطأ الخادم قرينة قاطعة على خطأ سيده • ونرى أن فى هذا مـا يكفى لاعتبار نص المـادة ١٥٢ نصـا استثنائيا لا يجـوز التوسع فى تفسيره •

أما عن المسألة الثـانية ، فان القول بأن أساس مسئولية السـيد خطؤه فى اختيار تابعه وفى مراقبته لايزال محل خلاف • وقد سبق لنا أن استعرضنا تطور هذه الفكرة (راجع مجلة القـانون والاقتصاد ١٥ ص ٥٤٥ وما بعدها) ، ويكفى هنـا أن نشير الى أن أحكاما غير قليلة صدرت من محكمتنا العليا وفيها اعتراف بأن أساس مسئولية السيد عن فعل تابعه ليس خطأه فى اختياره ورقابته ، من ذلك حكم ١٤ مايو ١٩٤٢ السابق الاشارة اليه حيث يقول « ان هذا الاستثناء ليس له من مسوغ مقبول — على كثرة ما قيل فى هذا الصدد — سوى أن شخصية المتبوع تمتد الى التابع بحيث انهما يعتبران شخصا واحدا » • (وهـذه هى نظرية اتحاد الشخصين théorie de la confusion ، راجع كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ١٢٣) • وكذلك حكم ١٢ نوفمبر ١٩٣٦ (القانون والاقتصاد ٧ — ٣ — ٢٦) الذى قضى بمسئولية السيد القاصر ، بالرغم من عدم بلوغه سن التمييز ، باعتبار أن هـذه المسئولية ان هى الا مسـئولية مفترضة افتراضا قانونيـا ، ولا محل للبحث فيها عن امكان وقوع خطأ من السيد • وقد ورد فى مذكرة النيابة العمومية المقدمة فى الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم « اننا بصـدد نوع من المسئولية لا يعصم منه رشد ولا عقل ولا يفيد فى دفعه استشهاد الشخص بحيطته وتبصره ، اذ هى مسئولية فرضها القانون فرضا وقصد منها فيما قصد أن يضم بها ذمة السيد الى ذمة الخادم تأمينا للمضرور

وتيسيرا له فى اقتضاء التعويض الـذى يستحقه (القانون والاقتصاد ٧ — ٣ — ٣٠ فى الهامش) • وفى هذا المعنى أيضا نقض ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ — ٢١٢ — ٩٥ •

...

وانى أرى أن فى كل من الرأيين جانبا من الصواب • فبالقدر الذى يسأل فيه السيد عما يقع من تابعه ويكون داخلا فى ضمن أعمال وظيفة هذا التابع يمكن اعتبار أساس مسئولية السيد خطأه فى اختيار تابعـه وفى مراقبته • ولكن يتعذر ذلك فيما يجاوز هذا القدر ، ويتعين البحث عن أساس آخر لمسئولية السيد كنظريه اتحاد الشخصين أو نظرية كفالة السيد للتـابع أو نظرية الغرم بالغنم اذا سايرنا محكمة النقض فيمـا ذهبت اليه من توسيع مسئولية السيد وشمولها كل خطأ يقع من التابع فى أية صورة من الصور التى يعتبر فيها مجاوزا حدود وظيفته • (أنظر تعليقاتنا فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٣ ص ١٦٠) •

أما عن المسألة الثالثة المتعلقة بمقارنة النصين المصرى والفرنسى واعتبار الأول أعم من الثـانى ، فان ما ذهبت اليه محـكمة النقض فى حكمها محل هذا التعليق ينقض صراحة ما سبق أن قررته هـذه المحكمة ذاتها فى حكم ١٤ مايو ١٩٤٢ السابق الاشارة اليه حيث قالت « ان المادة ١٥٢ من القانون المدنى تقتضى لمساءلة المخدوم أن يكون الضرر الذى أصاب الغير ناشئا عن فعل الخادم فى حالة تأدية وظيفته en exercant ses fonctions . وهذه العبارة يقابلها فى المـادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى dans les fonction auxquelles ils les ont employes والعبارتان مؤداهما واحد ، ولا فرق بينهما الا من حيث ان النص فى القـانون المصرى قد لوحظ فيه دقة التعبير عن المعنى المقصود » (المحاماة ٢٣ — ٣٨٨ — ١٦٩) •

ومن الواضح أن عدول المحكمة فى حكمها محل هذا التعليق عمـا قررته فى الحكم السابق انما كان توصـلا للقول بأن عبارة القـانون المصرى تتسع لمساءلة السيد عن كل الأضرار التى تقع من التابع حال

تأدية وظيفته سواء أكانت ناشئة عن خطأ فى أعمال الوظيفة ذاتها أم فى أعمال هيأها للخادم قيامه بالوظيفة فى الحدود المرسومة من قبل • وقد سبق لى أن استعرضت قضاء محكمتنا العليا فيما يتعلق بمساءلة السيد عن فعل تابعه لمجرد كون وظيفة التابع قد هيأت له ارتكاب الفعل الضار ، وقد استعرضت ذلك فى ضوء آراء الشراح وأحكام المحاكم المختلطة والمحاكم الفرنسية والمحاكم البلجيكية وانتهيت من كل ذلك الى أن كون وظيفة التابع هى التى هيأت له ارتكاب الفعل الضار لا يعدو أن يكون عنصرا من العناصر التى يعتمد عليها القاضى فى الاستدلال على حصول التجاوز فى حدود الوظيفة ، وأنه يجب فيه أن تكون التسهيلات التى هيأتها الوظيفة للتابع بحيث تجعل الخطأ مرتبطا بالوظيفة ارتباطا مباشرا ، أى بحيث لو لم تكن الوظيفة ما استطاع التابع ارتكاب الفعل الضار (راجع تعليقاتنا فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ وما بعدها) • ولعل محكمة النقض شعرت فى الحكم محل هذا التعليق بخطورة التعويل — دون قيد — على مجرد كون وظيفة التابع قد هيأت له ارتكاب الفعل الضار ، فرأت تقييد ذلك بأن يكون الخطأ وقع من التابع فى أعمال هيأها له قيامه بالوظيفة فى الحدود المرسومة من قبل •

أما عن المسألة الرابعة المتعلقة بعدم اقامة أى وزن فى مسئولية السيد للباعث الشخصى الذى يكون قد دفع التابع الى ارتكاب الفعل الضار ، فان ذلك يتعارض وما سبق أن قضت به محكمة النقض فى حكمين صدرا فى يوم واحد بتاريخ ١٠ أبريل ١٩٣٣ وفى حكمين آخرين بتاريخ ٢٢ أبريل ١٩٤٠ و ٢٧ يناير ١٩٤١ (راجع تعليقاتنا فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٨١ وما بعدها) ، وعندى أن المحكمة كانت تستطيع فى هذه الدعوى تفادى الاصطدام بقضائها السابق فى هذا الشأن ، اذ أن الباعث الشخصى انما يقام له وزن عند تعيين مسئولية السيد فى جرائم العمد فقط لا فى جرائم الاهمال كما هو الشأن فى هذه الدعوى ، هذا فضلا عن أنه حتى فى جرائم العمد لا يترتب على الباعث الشخصى الذى دفع التابع الى ارتكاب الفعل الضار نفى مسئولية السيد الا اذا كان ما وقع

من التابع قد وقع منه أثناء تجاوزه حدود وظيفته — لا أثناء قيامه بعمل داخل فى ضمن أعمال وظيفته — وكان الباعث الشخصى هو الدافع الى ارتكاب ذات الفعل الضار لا الى مجرد تجاوز حدود الوظيفة الذى وقع ذلك الفعل فى أثنائه (أنظر تعليقاتنا السابقة فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٨٧ نبذة ١٩) ، فمثلا اذا اختلس السائق عربة سيده ليستعملها فى أمر خاص به دون سيده ، ثم ارتكب بها حادثا ، اعتبر مجاوزا حدود وظيفته بدافع شخصى ، ولكن ذلك لا يكفى لرفع المسئولية عن سيده ، بل يجب النظر الى الحادث الذى أعقب ذلك ، فاذا ثبت وقوع ذلك الحادث باهمال أو عدم انتباه بقى السيد مسئولا ، أما اذا كان السائق قد تعمد وقوع الحادث بدافع الانتقام انتفت مسئولية السيد • وفى الدعوى التى صدر فيها الحكم محل هذا التعليق جاوز الكونستابل حدود وظيفته بدافع شخصى اذ توجه فى أثناء انتدابه بالقاهرة لزيارة أسرة قريبة له ولكن الفعل الضار الذى وقع منه فى أثناء هذا التجاوز خطأ باهمال ورعونة كما وصفته محكمة الموضوع فلا محل للبحث فيه عن دافع شخصى •

أما المسألة الخامسة التى استخلصناها من الحكم محل هذا التعليق ، وهى المتعلقة بنفى مسئولية السيد عن الأضرار التى يسببها تابعه لأشخاص جمعته بهم صلة أساسها صفته الشخصية لا اعتباره تابعا لسيده ، فان قضاء المحكمة بها يطابق ما أجمعت عليه الشراح ، وما سارت عليه المحاكم الفرنسية والبلجيكية ، وان كانت محاكمنا المصرية ، فيما نعلم ، لم تتح لها فرصة تقريره قبل الآن ، فكان لذلك جديرا بالتنويه به •

مسئولية السيد عن فعل تابعه · أيشترط فيها تعيين شخص التابع الذى ارتكب الفعل الضار وحضوره فى الدعوى المرفوعة على السيد (*) ؟

اذا ثبت أن الفعل الضار لابد أن يكون قد وقع من أحد شخصين تابعين لمتبوع واحد ، ولم يمكن تعيين أى التابعين هو الذى ارتكب ذلك الفعل ، أيكفى ذلك لمساءلة المتبوع عن هذا الفعل الضار ؟

مسألة عملية ، قل أن تعرض لها الشراح أو تناولتها الأحكام ، ولكنها عرضت أخيرا على محكمتنا العليا فى الصورة الآتية :

ركب شخص احدى سيارات النقل المشترك ، وأراد مغادرتها عند وقوفها فى أحد المواقف المخصصة لذلك ، وبينما هو يهم بمغادرتها انطلقت السيارة معاودة سيرها ، فسقط الراكب منها وأصيب باصابات أفضت الى وفاته ·

رفعت النيابة الدعوى العمومية فى بادىء الأمر على المحصل ، ولكن المدعين بالحق المدنى أدخلوا فيها السائق أيضا ووجهت اليه تهمة القتل الخطأ ، ثم توفى السائق فى أثناء نظر الدعوى وتنازل المدعون بالحق المدنى عن مقاضاة ورثته · وثبت للمحكمة أن الراكب لم يقع منه أى خطأ ، وأن الحادثة وقعت اما بخطأ من المحصل اذا كان هذا قد أعطى السائق اشارة القيام قبل التحقق من نزول الراكب ، واما بخطأ السائق اذا كان هذا قد حرك السيارة دون انتظار الاشارة بذلك من المحصل · ولأن المحكمة لم تستطع أن تتبين ما اذا كانت معاودة السير بالسيارة حصلت بناء على اشارة المحصل بذلك أو بدون هذه الاشارة : اعتبرت الخطأ شائعا ما بين المحصل والسائق ، ولو أن المقطوع به أنه وقع من

(*) منشور فى القانون والاقتصاد س ١٧ عدد يونيه ١٩٤٧ ·

أحدهما • وبناء على ذلك قضت بأن التهمة غير ثابتة على أى منهما ، وحكمت ببراءة المحصل وبسقوط الدعوى العمومية بالنسبة الى السائق المتوفى ، وألزمت مصلحة النقل المشترك بالتعويض بصفتها المسئولة المدنية عن حادثة وقعت بخطأ موظفيها فى أثناء تأديتهم خدمتهم وبسببها (المادة ١٥٢ مدنى) •

وقد أيدت محكمة النقض ذلك فى حكمها الصادر فى ٢٢ نوفمبر ١٩٤٣ حيث قررت : « ان ما أثبته الحكم من أن الحادث لابد وأن يكون قد نشأ عن خطأ أحد المتهمين ، الكمسارى أو السائق ، وهما تابعان لادارة النقل المشترك الطاعنة ، يؤدى الى مساءلتها مدنيا عن نتيجة هذا الحادث على أساس أنها مسئولة عما يقع من مستخدميها فى أثناء تأدية خدمتهم • ولا يحول دون ذلك عدم استطاعة المحكمة تعيين من المخطىء منهما ، اذ يكفى لمساءلة المخدوم مدنيا أن يثبت أن الحادث قد تسبب عن خطأ أحد خدمه ، ولو تعذر تعيين المخطىء منهم • وليس فى الزام الطاعنة بالتعويض مع تبرئة الكمسارى خروج على القواعد الخاصة بالمسئولية ، لأن تبرئة الكمسارى قائمة على عدم ثبوت ارتكابه الخطأ الذى أدى الى وقوع الحادث • أما مسئولية الطاعنة ، فمؤسسة على ما ثبت قطعا من أن هذا الخطأ وقع من أحد خادميها اللذين كانا يعملان فى السيارة » (المحاماة ٢٦ — ٣٧٢ — ١٣٧) •

وقد يعترض على ما ذهب اليه هذا الحكم بأن فيه تجاهلا لطبيعة مسئولية السيد باعتبارها مسئولية ثانوية تقوم الى جانب مسئولية التابع الأصلية تسهيلا لحصول المصاب على حقه فى التعويض وضمانا له ضد اعسار التابع مما يتعين معه عدم قيام مسئولية السيد مادامت مسئولية التابع غير قائمة (٣٤) ، لأن القول بغير ذلك يؤدى الى الزام السيد بوفاء التعويض دون أن يكون له حق الرجوع على تابعه •

---

(٣٤) فى هذا المعنى استئناف اسيوط ٢٠ يونيه ١٩٢٧ المحاماة ٨ — ٥٠ — ٢٧ مجموعة عياشى جـ ٢ نبذة ٣٤٧٢ •

ولكن يرد هذا الاعتراض بأن القانون اذ جعل السيد ملزما بتعويض الغير عن الضرر الناشيء من أفعال خدمته لم يشترط فى ذلك قيام مسئولية التابع ولا ثبوت حق السيد فى الرجوع على تابعه . واذن يكفى أن يثبت أن الضرر نشأ عن أفعال خدمته فى حال تأدية وظائفهم ، ولو لم يمكن تعيين الخادم الذى ارتكب الفعل الضار (٣٥) . واذا كان ذلك يؤدى فى هذه الحالة الى حرمان السيد من حق الرجوع فان الفرق من الناحية العملية بين هذه الحالة وبين الغالبية الكبرى من الحالات الأخرى ليس كبيرا ، اذ يستوى أن يكون التابع المخطيء لم يمكن تعيينه ، أو أن يكون قد أمكن تعيينه ولكنه معسر .

وكانت مصلحة النقل المشترك فى الدعوى محل هذا التعليق قد احتجت بأن السائق بعد وفاته لم يصبح خصما فى الدعوى وأصبح ممتنعا الحكم على المصلحة باعتبارها مسئولة عن عمله ، لأن مسئولية المخدوم متفرعة عن مسئولية الخادم ومؤسسة عليها فاذا ما استبعدت مسئولية الخادم لأى سبب امتنعت بالتالى مساءلة المخدوم . فردت محكمة النقض على ذلك « بأن تنازل المدعين بالحق المدنى عن مخاصمة ورثة السائق بعد وفاته لا يحول دون مساءلة الطاعنة ، اذ لا يشترط لمساءلة المخدوم عن خطأ خادمه أن يكون الخادم حاضرا أو ممثلا فى الدعوى التى تقام على المخدوم ، بل يكفى أن يثبت وقوع خطأ من الخادم يستوجب المسئولية ، وليس فى التنازل عن مخاصمة ورثة السائق ما

---

(٣٥) فى هذا المعنى ديموج جـ ٥ ص ١١١ نبذة ٩١٦ والاحكام القليلة التى اشار اليها ، وحكم استئناف ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ منشور فى المحاماة ١٠ ص ٥٩٤ قضى بانه اذا قام نزاع قضائى على ملكية اقطان ، فقدم أحد المتنازعين بلاغا ذكر فيه انه يخشى تبديد خصمه للقطن اذا استمر حائزا له ، فانتزع رجال البوليس القطن من يد المشكو فى حقه ثم سلم بعد ذلك لنائب العمدة الذى سلمه بعد مدة لشيخ الخفراء ثم ظهر ان القطن استبدل به نوع آخر منحط الرتبة ، تعتبر الحكومة مسئولة عن هذا الاستبدال ولو لم يكن فى وقائع الدعوى ما يعين على تحديد الموضع الذى حصل فيه الاستبدال ، مادام من المقطوع فيه انه حدث اما فى المركز او لدى نائب العمدة او لدى شيخ الخفراء .

يفيد استبعاد المسئولية حتى يمكن أن يترتب على ذلك استبعاد مسئولية الطاعنة » •

وهذا الذى ذهبت اليه محكمة النقض ليس خاصـا بالحالة التى يتعذر فيها تعيين التـابع الذى وقع منـه الخطأ ، بل ينطبق فى جميع الأحوال ، لأن دعوى المصاب قبل المسئول عن الحقوق المدنيـة دعوى مستقلة تمام الاستقلال عن دعواه قبل الفاعل ، فيجوز للمصاب اذا سلك سبيل المحاكم المدنية أن يباشر احدى الدعويين دون الأخرى ، وان كان الغالب أن من مصلحته أن يجمع بينهمـا سواء أكان ذلك للاقتصـاد فى الاجراءات والنفقات أم كـان لتسهيل تحقيق خطأ التـابع وثبوته فى مواجهة السيد (أنظر سوردا جزء ٢ نبذة ٩٠٨) •

أما اذا سلك المصاب سبيل المحاكم الجنـائية ، فلا تقبل دعواه المدنية ضد السيد الا اذا كانت مرفوعة تبعا لرفع الدعوى العمومية على التابع ، فاذا كانت الدعوى العمومية مرفوعة من النيابة العامة جـاز للمدعى المدنى أن يوجه دعواه الى الفـاعل وسيده أو الى أيهما دون الآخر • واذا كان تحريك الدعوى العمومية من طريق الجنحة المباشرة ، فحينئذ فقط يصدق القول بأن دعوى المدعى المدنى ضد السيد لا تقبل الا اذا ادعى مدنيا ضد التابع الجانى ، لأن المحكمة الجنائية لا تختص بها الا تبعا للدعوى العمومية ، وهذه لا تقوم — اذا لم تقمها النيـابة العمومية — الا بتحريكها من طريق الادعاء مدنيا قبل الجانى (العميد القللى بك فى أصول تحقيق الجنايات الطبعة الأولى ص ١٣٩) •

(د) مسئولية المتبوع بوجه عام (*)

مسئولية المتبوع : اعتزم جرجس عوض الله أفندى ناظر المدرسة الثانوية بسوهاج القيام برحلة مدرسية ، واستعار لذلك سيارة الدكتور بشرى يواقيم ، وفى عشية اليوم المعين للرحلة كلف غطاس عياد سائق سيارة أسعد أفندى كيرلس أن يذهب الى الجراج الذى به سيارة الدكتور بشرى ويجربها ويحضرها الى المنزل ، فترك السائق سيارة مخدومه أسعد كيرلس أمام باب المنزل فى الشارع وذهب الى الجراج فأخرج منه سيارة الدكتور بشرى ثم عرج بها من شارع الى آخر لشحن بطاريتها وفى أثناء ذلك صدم توفيق عشرى خليل فقتله .

رفعت الدعوى العمومية على غطاس عياد لعقابه بالمادة ٢٣٦ ع . وادعى والد القتيل بالحق المدنى قبله وقبل الدكتور بشرى مالك السيارة وجرجس أفندى عوض الله ناظر المدرسة .

ومحكمة الجنح أدانت المتهم وألزمته بالتضامن مع المدعى عليهما بدفع تعويض للمدعى المدنى ، فاستأنف المتهم والمدعى عليهما حكم التعويض ، والمحكمة الاستئنافية أيدت الحكم فيما يتعلق بالمتهم وناظر المدرسة ، ولكنها ألغته فيما يختص بمالك السيارة بعد أن ثبت لديها أنه لم يرتكب أى خطأ فى تسليم السيارة للمتهم وأنه لم يتدخل فى اختياره حتى يمكن اعتبار السائق تابعا له ؛ وبعد أن قررت أنه لا تمكن مساءلته باعتباره مالكا للسيارة لأن القانون المصرى لا يعترف بمسئولية المرء عن مخاطر ملكه . وبنت حكمها على ناظر المدرسة بالتعويض على أنه هو الذى اختار المتهم وعهد اليه باحضار السيارة ، ولم تأخذ بدفاعه الذى ساقه للتنصل من المسئولية والذى بناه على أن المتهم غطاس عياد

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٥ عدد نوفمبر وديسمبر سنة ١٩٤٥ ص ٥٤٥ وما بعدها .

كان وقت الحادثة سائقا عند أسعد كيرلس بل قالت ان هـذه الواقعة لا تنفى مسئوليته هو لأن المتهم كان وقت الحادثة يعمل فى خدمته شخصيا لا فى خدمة أسعد كيرلس الذى لم يثبت من التحقيق أنه سمح لسائقه بالعمل على السيارة التى صدمت المجنى عليه .

طعن جرجس عوض الله فى هذا الحكم بأنه أخطأ فى تطبيق القانون اذ اعتبره مسئولا عن فعل المتهم وألزمه معه بالتعويض بموجب المـادة ١٥٢ مدنى على اعتبار أن المتهم كان خادما عنده ، فى حين أن الواقعة ليس فيها ما يسوغ القول بوجود عـلاقة التابع بالمتبوع بين السائق والطاعن وذلك (أولا) لأن استعارة السائق كانت مؤقتة ببضع دقائق لتجربة السيارة واحضارها من منزل صاحبها استعدادا للرحلة فى اليوم التالى بدليل أن السائق ترك سيارة مخدومه فى الشارع ليعود اليهـا بعد قليل فلا يمكن اعتباره أثناء هـذه المدة الوجيزة أنه قد تخلى عن خدمة مخدومه ، كما لا يمكن القول بأن حق التوجيه وحق الرقابة ـــ وهما الأساس فى القول بمسئولية المخدوم عن عمل خادمه ـــ انتقلا من مخدوم السائق الى الطاعن ، و (ثانيا) لأن تعريج السائق بالسيارة الى حيث أراد شحن البطارية لم يكن داخلا فى المأمورية التى كلفه بها الطـاعن بل فعله من تلقاء نفسه فلا يكون الطاعن مسئولا عنه .

وقد رفضت محكمة النقض هـذا الطعن بحكمها الصـادر فى ١٥ فبراير ١٩٤٣ فى القضية رقم ٥١٣ سنة ١٣ قضائية (لم ينشر بعـد) وقالت فى أسباب حكمها :

« وحيث ان قوام علاقة المتبوع بالتابع فى مقتضى المادة ١٥٢ مدنى هو ما للمتبوع من سلطة على التابع فى توجيهه ورقابته ، فكلما تحققت هذه السلطة قامت تلك العـلاقة وترتبت المسئولية عن فعل الغير على أساس مساءلة المتبوع عما يقع من التابع ، ولا يهم بعدئذ أطالت مـدة قيام هذه السلطة أم قصرت ، اذ العبرة بوجودها فحسب ، فان القانون لا يتطلب زيادة عليها لقيام تلك العلاقة .

« وحيث انه متى وجدت العلاقة بين المتبوع والتابع ، فان المتبوع يكون مسئولا عن تعويض الضرر عن كل فعل ضار يقع من تابعه كلما كان وقوعه وقت القيام بالعمل الذى عهد اليه به ، أو بمناسبته فقط متى كان هذا العمل هو الذى سهل وقوع الفعل الضار أو هيأ الفرصة لوقوعه بأية طريقة كانت ، فان نص القانون عن هذه المسئولية فى المادة ١٥٢ مدنى مطلق عام يسرى على الحالتين •

« وحيث انه وان كان الحكم المطعون فيه أقام مساءلة الطاعن على أنه هو الذى اختار المتهم ولم يتحدث عن سلطة التوجيه والرقابة التى لا تقوم المسئولية الا بتوفرها والتى تتضمن بذاتها حق الاختيار . فان من يملك توجيه انسان فى أمر من الأمور يكون مختارا له فيه . وان كان ذلك الا أن الوقائع الثابتة بالحكم تدل بوضوح على أن الطاعن كان له على المتهم سلطة فى توجيهه ورقابته فيما يختص بالمأمورية التى كلفه بها بل فى اقصائه عنها • ولذلك فانه يكون مسئولا عن تعويض الضرر عن قتل المجنى عليه ولو أن المأمورية مؤقتة بزمن وجيز أو أن المتهم تابع فى الوقت ذاته لمتبوع آخر ولو كان المتهم قد ذهب من تلقاء نفسه لشحن البطارية مادام القانون لم يعين مدة لقيام علاقة المتبوع بالتابع ومادامت علاقة المتهم بمتبوع آخر ليس لها اتصال بالحادث الذى ارتكبه المتهم بسبب المأمورية المكلف بها من قبل الطاعن ومادام شحن البطارية لم يكن الا لمناسبة القيام بالرحلة التى اعتزمها الطاعن » •

ونجد فيما قررته محكمتنا العليا ثلاث مسائل جديرة بالتنويه :

(١) قوام مسئولية السيد بوجه عام (٢) مسئولية السيد العرضى (٣) مدى هذه المسئولية •

قوام مسئولية السيد : لم تكتف محكمة النقض بتأسيس مسئولية السيد على اختياره لتابعه . بل رأت أن المعول عليه فى ذلك هو ما يملكه السيد من سلطة التوجيه والرقابة على تابعه ، واعتبرت أن سلطة

التوجيه والرقابة هذه تتضمن بذاتهـا حق الاختيـار ، لأن من يمـلك التوجيه يملك على الأقل الاقصاء .

وقضاء المحكمة بذلك مطابق للإتجاه الحديث فى هذا الموضوع . ولكن أسباب تطبيقه فى هذه القضية لا تخلو من قصور . فقديما كـان لاختيار السيد تابعه المقام الأول فى تأسيس مسئوليته ، بل ان دوما وقد تراءى له أن القانون الرومانى كان يبنى هذه المسئولية فى بعض الحالات على فكرة نيابة التابع عن سيده ؛ وبالتالى على اختيار السيد لتابعه ، عمم هذه الفكرة وقرر أن المرء يسأل عن كل شخص يعهد اليه بعمل له (١) .

وقد جاراه فى ذلك فقهاء القانون الفرنسى القديم واعتبروا هذه المسئولية من شأنها أن تحفز المخدوم على اليقظة فى اختيار خدمه (٢) . وقال بهـذه الفـكرة بعض واضعى قـانون نابليون فى الأعمـال التحضيرية (٣) . وقد رأى فيها بعض المتقدمين من شراح هذا القانون الأساس الوحيد لهـذه المسـئولية (٤) ؛ بل منهم من صرح بأن هـذه المسئولية لا يصح أن تبنى على واجب السـيد فى رقابة تابعـه (٥) . وخالفهم فى ذلك فريق آخر رأوا أن مجرد اختيار التابع لا يكفى لجعل السيد مسئولا عنه ، ولابد أن يكون على السـيد واجب رقابة تابعـه وتوجيهه (٦) ، بل منهم من اكتفى بهذا الواجب الأخير ولو لم يكن هناك

---

(١) دوما les lois civiles 'xv1'titre e

(٢) أنظر : Bourjom le Droit commun de la franse livre v1, titre III ch. 1 pothier tome II, p. 50 No 131 وبهجت بدوى ص ١٣ .

(٣) أنظر مازو نبذة ٩٣٠ .

(٤) هيك جـ ٨ ص ٥٣٩ ، بودرى جـ ٣ نبذة ٢٩١١ ، لوران جـ ٢٠ ص ٦١٦ ، ديمولومب جـ ٣١ ص ٥٣٠ — ٥٣٣ ، كوليه دمى سانتير جـ ٥ ص ٦٦٣ .

(٥) أنظر المرجعين الاخيرين من الهامش السابق .

(٦) سوردا جـ ٢ ص ١٣٢ نبذة ٨٨٥ ، لارومبيير جـ ٨ المادة ١٣٨٤ =

اختيار (٧)، • وهؤلاء جميعا متفقون على اعتبار أساس مسئولية السيد الخطأ المفترض سواء كان ذلك فى الاختيار أو فى الرقابة أو فيهما معا •

غير أن هذا الاعتبار يصطدم مع ما هو مقرر من أن السيد لا يجوز له دفع مسئوليته بنفى الخطأ عن نفسه • لذلك يرى كثير من الشراح الحديثين أن هذه المسئولية ليس أساسها الخطأ المفترض ، وانما هو مبدأ تحمل التبعة أو مبدأ ضرورة الضمان • ويعتبرون توافر علاقة التبعية شرطا لقيام هذه المسئولية لا أساسا لها (٨) ، وقد غالى بعضهم فى فهم هذه التبعية فاكتفى بالتبعية الاقتصادية ، ناظرا فى ذلك الى افادة السيد من نشاط تابعه (٩) ؛ ولكن الرأى الغالب يقف عند حد التبعية القانونية التى تقوم على ثبوت حق الرقابة والتوجيه • فيجعل مقابل هذا الحق واجب تحمل التبعة أو الضمان • ثم لوحظ أن اشتراط ثبوت هذا الحق من شأنه أن يقصر علاقة التبعية ومسئولية السيد على الحالات التى تكون فيها بين السيد والتابع رابطة قانونية منشئة لهذا الحق ، فرؤى الاكتفاء بأن تكون للسيد سلطة فعلية فى رقابة التابع وتوجيهه أيا كان منشأ هذه السلطة ، عقدا أو غير عقد ، ولو لم يكن للسيد حق اختيار تابعه (١٠) •

= نبذة ٨ ، اوبرى ورو الطبعة الخامسة ج ٦ ص ٣٨٦ ؛ ريبير فى المجلة الانتقادية ١٩١١ ص ١٤٣ ؛ اسمان فى ذات المجلة ١٩٢٤ ص ١٩ وما بعدها ؛ روتسائرت ص ١٢٨ .

(٧) Sainctelette De la responsabilité et de la garantie لالو ٢٤٧ ، سافاتييه ج ١ نبذة ٢٩١ .

(٨) راجع بيان هؤلاء الشراح فى رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٢١ ، وروتسائرت ص ١١٩ هامش ١ . بسطوروس المادة ٢١٤ نبذة ٤ و ٥ .

(٩) سافاتييه فى دالوز ١٩٢٣ — ١ — ٥ ؛ وبيسون فى دالوز ١٩٢٨ — ١٢ — ١٣ ، و loup فى دالوز ١٩٣٠ — ٢ — ٩٧ الفقرة الثانية ؛ Dallant فى دالوز ١٩٣١ — ١ — ١٧١ وفى رسالته ص ٨٧ .

(١٠) انظر ديموج ج ٥ نبذة ٨٨٦ ؛ جوسران ج ٢ نبذة ٥١٠ ، ص ٤٣ وما بعدها . لالو الطبعة الثانية نبذة ١٠٢٣ .

والظاهر من أحكام المحاكم الفرنسية أنها بدأت باشتراط اختيار السيد لتابعه اختيارا حرا ، ثم خففت من تشددها فى حرية هذا الاختيار ، فاعتبرت شرط الاختيار متوافرا ولو كان السيد مقيدا فى اختيار تابعه من بين عدد معين من الأشخاص تتوافر فيهم شروط معينة ، أو كان قد اقتصر على أن يطلب من جهة الادارة أن تندب له جنديا يقوم بحراسة منشئاته • ثم تدرجت المحاكم من ذلك الى اغفال شرط الاختيار شيئا فشيئا والى ابراز أهمية شرط التبعية (١١) ، ثم الى ادماج شرط الاختيار فى شرط التبعية باعتبار أن سلطة الرقابة والتوجيه تتضمن سلطة العزل والاقصاء •

وقد أصبح من المحقق أن المحاكم الفرنسية لم تعد ترتب مسئولية السيد على مجرد اختياره لتابعه (١٢) ، ويبدو أن المحاكم البلجيكية لازالت تعتبر شرط الاختيار فى المقام الأول من أساس مسئولية السيد (١٣) •

أما أحكام المحاكم المصرية ، فنلحظ فيها مثل التطور الذى حصل فى أحكام المحاكم الفرنسية ، فمنها ما قضى بأن أساس مسئولية السيد افتراض خطئه فى اختيار تابعه (١٤) ، ومنها ما بنى هذه المسئولية على

---

(١١) وفى هذا يقول مازو (فى نبذة ٨٨٠) :

De moins en moins soins souvent, la condition du choix se trouve rappelée par les arrêts Il nest pas douteux qu,ils tendent a la faire disparitre , au moins a l'absorber dans la deuxième condition exigée pour qu'il y ait rapport de préposition: la subordination

وفى هذا المعنى ايضا بيشو س ١٢٦ وزوتسائرت ص ١٢٥ ، ولالو نبذة ٤٨٩ .

(١٢) انظر استئناف باريس ١٤ مارس ١٩٣٠ دالوز الاسبوعى ١٩٣٠ — ٢٧٣ .

(١٣) نقض بلجيكى ١٩ ابريل ١٩٢٨ بازيكريزى ١٩٢٨ — ١ — ١٣٣ .

(١٤) استئناف مختلط ٣ مايو ١٩١٧ (٢٩ — ٢٠٤) ، ٧ مايو ١٩٢٥ الغازيت ١٧ — ٨ — ٦ (٣٧ — ٤١٥) ، ١٤ مارس ١٩٣٥ (٤٧ — ١٩٧) وقد حكم تطبيقا لذلك بعدم توافر علاقة التبعية بين الحكومة وجنودها =

افتراض خطأ السيد فى اختيار تابعه أو فى رقابته (١٥) ، ومنها ما قرر أن هذه المسئولية لا تقوم قانونا الا على مظنـــة خطأ السيد فى اختيار خادمه وفى مراقبته اياه (١٦) .

وبناء على ذلك قضى بأن مسئولية السـيد لا تقوم على مجـرد اختيار تابعه ، بل لابد فيها من توافر علاقة التبعية التى تجعل للسـيد أن يسيطر على أعمال التابع ، فيسيره كيف شاء بمـا يصـدر اليه من الأوامر والتعليمات ، فمالك المنـزل لا يسأل عن عمل الصـانع الذى استأجره لعمل معين مادام لم يتدخل فى هـذا العمل (١٧) ، ومن هذا القبيل أيضا الأحكام العديدة التى قضت بأن الحكومة وأصحاب الأملاك وأرباب الأعمال لا يسألون عن أعمال المقاولين الذين يختارونهم ويعهدون اليهم ببعض الأعمال ما لم يحتفظوا لأنفسهم بالسلطة الفعلية فى رقابة هؤلاء المقاولين وتوجيههم فى طريقة تنفيذ تلك الأعمال (١٨) . وكذلك ما قضى به من أن اختيار ادارة المستشفى للطبيب لا يكفى لمسـئولية

= استنادا الى ان الخدمة العسكرية واجب على كل مصرى وليس للحكومة حرية فى اختيار الجنود (استئناف اسيوط ١٩٢٨/١/٢٤ المحاماة ٨ — ٥٠٧ — ٣٣٣) .

(١٥) نقض جنائى ٦ نوفمبر ١٩٢٩ ملحق القانون والاقتصاد ١٠ — ٣٣ — ١٣ .

(١٦) نقض جنائى ٢٧ مارس ١٩٣٠ مجموعة القواعد الجنائية ٢ ص ٦ رقم ١٤ ، ٧ نوفمبر ١٩٣٢ ذات المجموعة ٣ ص ١ رقم ١ ، ٨ نوفمبر ١٩٣٧ ذات المجموعة ٤ ص ٩٠ رقم ١٠٦ ، واستئناف اسيوط ٢٠ يونيـه ١٩٢٧ المحاماة ٨ — ٥٠ — ٢٧ ، مصر الابتدائية الاهلية ١٨ اكتوبر ١٩٢٦ المحاماة ٧ — ٢٢٠ — ١٥٨ .

(١٧) نقض ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٣٦١ — ٢٩١ المجموعة ٤١ — ٢٦٨ — ١٠٣ ، ملحق القانون والاقتصاد ١٠ — ٣٧ — ١٢ .

(١٨) نقض ١٧ ابريل ١٩٤١ المحـاماة ٢٢ — ٧٣ — ٣٩ ، المجموعة ٤٢ — ٥١٣ — ٢٦٢ ، ملحق القانون والاقتصاد ١٩٤١ — ٣ — ٣٢ ، نقض ٣ نوفمبر ١٩٣٨ ملحق القـانون والاقتصاد ٩ — ٣٥ — ٦ المحـاماة ١٩ — ٦٦٨ — ٢٧٤ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٤٢١ — ١٤٠ ، مصر الابتدائية الاهليـة ٢٠ ديسمبر ١٩٢٦ المحاماة ٧ — ٥٨٤ — ٣٨٩ ، ٨ يونيـه ١٩٢٧ المحاماة ٨ — ٥٩ — ٣٣ .

المستشفى اذ لا سلطة للادارة على الطبيب فى أداء عمله الفنى (١٩) .
ومن جهة أخرى تساهلت المحاكم فى اعتبار شرط الاختيار متوافرا اكتفاء منها بالتشدد فى شرط التبعية (٢٠) ، ثم وصلت الى حد التعويل على شرط التبعية وحده دون اهتمام بشرط الاختيار ، فقررت أن مسئولية المتبوع انما تقوم على ما للسيد من حق اصدار أوامر وتعليمات الى تابعه والتمكن من ملاحظته فى تنفيذ ما عهد اليه به (٢١) ، بل شددت بعض الأحكام فى ضرورة خضوع التابع لهذه الأوامر والتعليمات خضوعا تاما لا يترك له أى استقلال فى طريقة تنفيذ المأمورية التى عهد بها اليه (٢٢) .

---

(١٩) مصر الاهلية ٤ فبراير ١٩٢٥ المحاماة ٦ — ١٨٩ — ٨٤ .

(٢٠) نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٣٦ القانون والاقتصاد ٧ — ٣ — ٢٦ ، ٢٥ مايو ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ — ٢١٢ — ٩٥ ، استئناف مختلط ٢٨ فبراير ١٩٣٥ (٤٧ — ١٧٥) ، الواسطى الجزئية ٢٨ فبراير ١٩٣٨ المحاماة ١٨ — ١٠٩٦ — ٤٧٦ .

(٢١) نقض ١٤ مايو ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ — ٣٨٧ — ١٦٩ ، وانظر ايضا اللبان الجزئية ١٣ مايو ١٩٤٠ المجموعة ٤٢ — ١٩٥ — ١١٩ ، المنيا الجزئية ٢٦ مايو ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ — ٥٤٤ — ١٨٩ ، استئناف ٢٩ أكتوبر ١٩٤٥ المحاماة ٢٦ — ٦٥٣ — ٢٤٥ ، وايضا فى هذا المعنى نقض مدنى ٩ مايو ١٩٦٣ . وقد قرر ان علاقة التبعية تتوافر بتوافر عنصر الرقابة .

(٢٢) استئناف مختلط ٤ فبراير ١٩٣٧ (٤٩ — ٩٥) .

وقررت محكمة النقض فى ١٩٤٩/١٠/١٨ أنه اذا كانت المحكمة قد ثبت لديها للاسباب التى ذكرتها والتى من شأنها أن تؤدى الى ما رتبته عليها من أن الطاعن قد اختار السائق وكانت له عليه وقت حصول الحادث سلطة الامر والنهى ولو لم يكن هو مالك السيارة ، فان الحكم بالزام الطاعن بالتعويض عن خطأ السائق فى هذه الحالة يكون صحيحا (المحاماة ٣٠ — ٤٣٢ — ٢٢٧) .

ويضاف ايضا فى هذا المعنى نقض مدنى ٩ مايو ١٩٦٣ المحاماة ٤٠ ص ٧٢٦ ونقض مدنى ٢٠ يونيه ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٨٨٨ — ١٢٦ ، نقض فرنسى ٢٧ فبراير ١٩٦٨ جوربسكلاسير الدورى ١٩٦٩ ، الفهرس القانونى Table juridique ص ٤٦ .

نقض مدنى فرنسى ٤ نوفمبر ١٩٦٤ المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٦٥ ص ٦٥٣ نبذة ٧ .

ونقض مدنى ١٩٦٣/١٠/٤ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٩٧٤ — ١٣٦ . وقد أوضحت محكمة النقض فى حكم آخر لها أن علاقة التبعة تقوم =

وتمشيا مع هذا الاتجاه الأخير ، وجدت محكمة النقض فى القضية موضوع هذا التعليق أن المحكمة الاستئنافية اذ بنت مسئولية ناظر المدرسة على مجرد اختياره للسائق وتكليفه احضار السيارة لم تدعم حكمها تدعيما كافيا ، اذ كان يجب أن تبين أن الناظر كانت له سلطة التوجيه والرقابة على ذلك السائق . وكان هذا القصور يكفى لقبول الطعن ، لولا ما تبينته محكمة النقض من أن الوقائع الثابتة بالحكم تدل على أن الطاعن كانت له على المتهم سلطة فى توجيهه ورعايته فيما يختص بالمأمورية التى كلفه بها بل فى اقصائه عنها ، فاكتفت بذلك ورفضت الطعن .

ونحن يهمنا أن نسجل لمحكمة النقض تقريرها عدم الاكتفاء فى مسئولية السيد بمجرد اختياره لتابعه ، وابرازها أهمية سلطة التوجيه والرقابة ، وتقليلها من شأن الاختيار ، ومحاولة ادماجه فى تلك السلطة .

ولكنا كنا نود لو أن المحكمة لم تكتف فى اثبات سلطة التوجيه والرقابة بمجرد الاشارة الى الوقائع الثابتة بالحكم المطعون فيه ، وبينت لنا أى هذه الوقائع هى التى دلتها بوضوح على ثبوت تلك السلطة لناظر المدرسة على السائق الذى لا نعلم عنه الا أنه اختاره وكلفه احضار السيارة ، كما يكلف أى شخص عاملا جوالا بأداء مأمورية بسيطة له

= أيضا بين شخصين يملك احدهما سلطة توجيه الاخر ورقابته فى اداء عمل معين ولو لم يملك اختياره او تعيينه ولو لم تكن عليه السلطة الادارية التى تخوله موجازاته او مكافأته بما فى ذلك سلطة الترقية والتأديب (نقض مدنى ٢٦ ابريل ١٩٦٢ فى الطعن رقم ٤٤٥ لسنة ٢٦ ق المحاماة ٤٢ ص ٥٥٩) .

وتطبيقا لذلك قضت بأن النظار ومدرسى المدارس الحرة الخاضعة لرقابة وزارة التربية والتعليم وتفتيشها يعتبرون تابعين لهذه الوزارة وهى متبوعة لهم بالمعنى المقصود فى المادة ١٧٤ مدنى (نقض مدنى ٩ مايو ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٦٦٣ — ٩٤) وانظر احكام أخرى كثيرة ، السنهورى الوسيط جـ ١ ، ط ٣ ، سنة ١٩٨١ نبذة ٦٧٩ ص ١٤٢٦ وما بعدها . وانظر أيضا للمؤلف المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية جـ ٢ سنة ١٩٦٠ ص ٤٥ وما بعدها .

مما يدخل فى صناعة ذلك العامل • اذ أنه من المسلم به فى هذه الحالة الأخيرة أن رب العمل لا يسأل عما يقع من الصانع أو المقاول من اضرار بالغير •

ولعل المحكمة تأثرت فى ذلك بكون المتهم ليس شخصا مستقلا ، بل تابعا فى الأصل لأسعد كيرلس ، وبأنه وهو فى هذه الحالة من التبعية ارتكب الحادث الضار الذى وقع منه فى أثناء قيامه بالمأمورية التى كلفه بها جرجس عوض الله لحسابه الخاص ، فرأت مساءلة هذا الأخير عن الحادث باعتباره سيدا عرضيا حتى لا تقع مسئوليته على أسعد كيرلس المتبوع الأصلى • فهل يغير هذا حقيقة من وجه المسألة ؟

مسئولية السيد العرضى (*) : أجمعت الشراح والمحاكم على أن الشخص الذى يستخدم تابعا لغيره فى عمل له يسأل عما يقع من هذا التابع فى أثناء خدمته له اذا كانت له عليه سلطة التوجيه والرقابة ، وبعبارة أخرى اذا أمكن اعتباره سيدا عرضيا commettant d'occasion لهذا التابع (٢٣) ، كما أجمعت على أن العامل لا يعتبر تابعا لسيدين فى وقت واحد الا اذا كان يقوم بعمل لمصلحتهما المشتركة (٢٤) • أما فى غير ذلك من الأحوال فاما أن يكون تابعا لسيده الأصلى اذا احتفظ هذا عليه بسلطة التوجيه والرقابة ، واما أن يعتبر تابعا لسيده العرضى اذا انتقلت الى هذا الأخير تلك السلطة •

فمساءلة الشخص باعتباره سيدا عرضيا لا تخرج عن القواعد المتعلقة بمسئولية السيد عموما ، ولا تغنى عن البحث فى توافر سلطة

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٥ عدد نوفمبر وديسمبر سنة ١٩٤٥ ص ٥٥٣ وما بعدها .

(٢٣) مازو نبذة ٩٠٠ ، ديموج جـ ٥ نبذة ٩٠٨ ، بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ نبذة ٦٤٩ ، جاردينا وريتشى ص ٤٤١ نبذة ١٠٩ ، دالان ص ١١٥ ، لالو الطبعة الثانية نبذة ١٠٧٢ ، ساغاتييه فى دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٧ •

(٢٤) ديموج جـ ٥ نبذة ٩٠٨ و ٩٠٩ ، ساغاتييه جـ ١ نبذة ٣١٣ •

التوجيه والرقابة • ولكن الواقع أن الجـزم بانتقال هـذه السلطة من السيد الأصلى الى من يراد اعتباره سيدا عرضيا ليس أمرا يسيرا ، وقد تضاربت بشأنه أحكام المحاكم فى الحالات المتشابهة (٢٥) •

ونكتفى بضرب أمثلة على ذلك من الأحكام الصادرة بشأن سائقى العربات والسيارات • فقد حكم بأنه اذا أعار شخص الى آخر سائق عربته وخيله فان المعار اليه يعتبر سيدا عرضيا للسائق (٢٦) ، وبأنه اذا وضعت شركة سيارات سائقا تحت تصرف صاحب جراج ليقوم بعمل معين • فان صاحب الجراج يعتبر سيدا عرضيا لذلك السائق (٢٧) •

وبالعكس من ذلك حكم بأن مالك السيارة الذى يستأجر سـائقا من صاحب جراج لا يعتبر سيدا ولو عرضيا لهذا السائق (٢٨) • ولا يغير من ذلك أن يكون مالك السيارة ظل ممسكا بعجلة قيادة السـيارة فى الوقت الـذى اضطلع فيـه السائق بقيـادة جـرارة ربطت بهـا السيارة (٢٩) ، وأن مالك العربة اذا أجرها مع سائقها الى شخص آخر يمكن اعتباره أنه مازال هو سيد ذلك السائق (٣٠) • وأن صاحب الجراج

---

(٢٥) انظر الاحكام العديدة التى أشار اليها ديموج جـ ٥ نبذة ٩٠٨ فى هامش ص ١٠٣ •

(٢٦) نقض فرنسى ٢٦ يناير ١٩٠١ دالوز ١٩٠٤ — ١ — ١٥٧ ، نقض فرنسى (مدنى) ١٥ يونيه ١٩٢٦ دالوز الاسبوعى ١٩٢٦ — ٤٠٤ • وانظر نقض مصرى جنائى ٨ يناير ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٢ — ١٨٥ — ١٤٧ •

(٢٧) بروكسيل التجارية ٧ ديسمبر ١٩٢٢ مجلة التأمين والمسئولية ١٩٣٣ نبذة ١٣٧٥ •

(٢٨) اسـتئناف دوبيه ٢٧ فبراير ١٩٣٠ غازيت القضـاء ١٠ مايو ١٩٣٠ ، نقض فرنسى (مدنى) ٣٠ ديسمبر ١٩٣١ سيرى ١٩٣٢ — ١ — ٦٢ ، (جنائى) ٢١ نوفمبر ١٩٣٤ دالوز الاسبوعى ١٩٣٥ — ٨٦ غازيت القضاء ١٩٣٥ — ١ — ٨٣ •

(٢٩) استئناف رين Rennes ٧ نوفمبر ١٩٣٣ Bull-Ass. ١٩٣٤ — ٥٢٧ ، روتسائرت ص ٢٨٤ •

(٣٠) نقض بلجيكى ١٥ ديسـمبر ١٩٢٤ بازيكريزى ١٩٢٥ — ١ — ٧٥ •

يظل مسئولا عما يقع من عماله عند تجربتهم السيارات التى أصلحوها بالرغم من اعلانه عملاءه بأنه يخلى نفسه من كل مسئولية فيما يتعلق بتكليف عماله تجربة السيارات خارج الجراج (٣١) • وقد حدت رغبة التوفيق بين هذه الأحكام بعض الشراح الى التعويل على الصفة الفنية لعمل السائق ، فقالوا ان هذا يعتبر خاضعا لسلطة سيده الأصلى فيما يتعلق بالقسم الفنى من عمله وتابعا لسيده العرضى فيما عدا ذلك (٣٢) • ويؤخذ على هذا الرأى صعوبة وضع حد فاصل لما يعتبر خطأ فنيا وما لا يعتبر كذلك ، فضلا عن أنه يجعل التابع خاضعا لسيدين فى وقت واحد وبالنسبة الى العمل الواحد دون أن يكون هذا العمل فى مصلحتهما المشتركة (٣٣) •

وقد حاول بعض الشراح أن يستنبطوا قاعدة يعول عليها فى تقرير انتقال سلطة التوجيه من السيد الأصلى الى سيد عرضى • ولكنهم اضطروا الى التسليم بأن هذه المسألة تعتبر من الوقائع المتروك تقديرها الى محكمة الموضوع (٣٤) واكتفوا باستنباط بعض الضوابط التى تعول عليها المحاكم فى هذا التقدير •

فقال بعضهم بالرجوع الى الاتفاق الذى وضع السيد الأصلى بمقتضاه تابعه تحت تصرف الشخص الآخر لتبين نية الطرفين فى نقل سلطة التوجيه من الأول الى الثانى (٣٥) • أما حيث لا يمكن استخلاص هذه النية من اتفاق الطرفين ، فيقول الأستاذ سافاتييه ان المحاكم

---

(٣١) Liège ٢٠ سبتمبر ١٩٣٣ Buil.Ass. ١٩٣٣ — ٩٠١ •
(٣٢) انظر بلانيول فى دالوز ١٨٩٢ — ٢ — ٤٦٥ ، ولالو فى الطبعة الثانية نبذة ١٠٧٥ ، ومازو نبذة ٩٠١ ونقض فرنسى جنائى ٢٢ نوفمبر ١٩٢٤ وغازيت القضاء ١٩٢٥ — ١ — ٢٥٣ •
(٣٣) انظر بيرسون ودى فيليه جـ ١ ص ٢٨٣ •
(٣٤) بيرسون ودى فيليه جـ ١ ص ٢٨٨ ، مازو نبذة ٩٠١ •
(٣٥) سافاتييه جـ ١ نبذة ٣١٦ وتعليق فى دالوز ١٩٢٨ — ١ — ٢١ ، روتسائرت ص ١٣١ •

عولت على أربعة ظروف من الوقائع جعلت كل واحد منها كافيا لاعتبار السيد الأصلى محتفظا بسلطة التوجيه على تابعــه بالرغم من وضعه تحت تصرف شخص آخر • وهذه الظروف هى : (١) أن تكون اعــارة التابع مصحوبة باعارة أشياء مهمة . كما اذا أعار شخص الى آخر سائقه وعربته معا ، (٢) أن تكون مأمورية التابع مأمورية فنية ليس للغير الملم بدقائقها ، كمــا اذا أجر صاحب جراج ســائقا الى مالك سيارة ، (٣) أن يتقاضى السيد الأصلى أجرا مرتفعا عن وضع تابعه تحت تصرف الشخص الآخر ، فيعتبر ارتفاع الأجر قرينــة على اضطلاع الســيد الأصلى بواجب الرقابة والتوجيه ، (٤) أن تكون مدة وضع التــابع تحت تصرف الغير مدة وجيزة اذ لو طالت هذه المــدة أمكن اعتبار ذلك قرينة على أن السيد الأصلى تخلى عن سلطته على تابعه ، وأن الغير أصبح سيدا عرضيا لهذا التابع (٣٦) •

فاذا نظرنا فى القضــية موضوع هــذا التعليق على ضوء هــذه الضوابط ، وجدنا أنه لم يثبت أن أسعد كيرلس وضع سائقه تحت تصرف ناظر المدرسة ، فليس ثمة أى اتفاق بين السيد الأصلى والسيد العرضى حتى يمكن أن نستخلص منه نية الطرفين فى نقل سلطة التوجيه من الأول الى الثانى ، بل الثابت أن السائق هو الذى وضع نفسه — بنــاء على طلب ناظر المدرسة — تحت تصرف هذا الأخير . وذلك فى أثنــاء قيامه بعمله عند سيده الأصلى بدليل تركه سيارة هذا السيد أمام منــزله • أفيمكن أن يقال أن الناظر قد استولى من تلقاء نفسه على سلطة توجيه السائق بمجرد اختياره اياه وتكليفه احضار السيارة فأصبح بذلك سيدا عرضيا له • لا نظن ذلك ممكنا (أولا) لأن هــذا القول يجعل للســائق سيدين فى وقت واحد دون أن يكون العمــل الــذي كان يقوم به وقت الحادث فى مصلحة كليهما المشتركة ، و (ثانيا) لأنه لا يكفى أن يكلف المرء شخصا بعمل معين (أى بتحقيق غاية معينة) حتى يعتبر سيدا له

---

(٣٦) سافاتييه فى تعليقه المشار اليه آنفا .

مسئولا عنه اذا لم يكن يملك سلطة توجيهه فى طريقة تنفيذ ذلك العمل أو تحقيق تلك الغاية • وليس فى وقائع القضية ما يدل على شيء سوى أن ناظر المدرسة كلف السائق المتهم باحضار السيارة وأنه لم يكن يملك اعطاءه أية تعليمات فى طريقة تنفيذ ذلك ، و (ثالثا) لأن مدة المأمورية التى قام السائق بها لحساب الناظر مدة وجيزة لا تسمح بالقول بأن سلطة سيده الأصلى فى أثنائها قد زالت عنه وانتقلت الى الناظر ، هذا فضلا عن الطبيعة الفنية لهذه المأمورية مما يستبعد معه أن ناظر مدرسة يصبح — بمجرد استخدامه سائقا فى احضار سيارة من مكان قريب — سيدا عرضيا لذلك السائق •

لذلك قلنا اننا كنا نود لو أن محكمة النقض بينت لنا أى الوقائع — التى أشارت اليها — هى التى دلتها بوضوح على توافر سلطة الرقابة والتوجيه لناظر المدرسة على السائق الذى كلفه باحضار السيارة (٣٧) •

مدى مسئولية السيد : ردت المحكمة على تمسك الطاعن بأن تعريج السائق بالسيارة الى حيث أراد شحن البطارية لم يكن داخلا فى المأمورية التى كلفه بها الطاعن بل فعله من تلقاء نفسه فلا يكون الطاعن مسئولا عنه بقولها ان المتبوع يكون مسئولا عن تعويض الضرر الناشيء عن كل فعل ضار يقع من تابعه كلما كان وقوعه وقت القيام بالعمل الذى عهد اليه به ، أو بمناسبته فقط متى كان هذا العمل هو الذى سهل وقوع الفعل الضار أو هيأ الفرصة لوقوعه بأية طريقة كانت ، اذ أن نص القانون عن هذه المسئولية فى المادة ١٥٢ مدنى مطلق عام يسرى على الحالتين •

وقضاء المحكمة بذلك فيما يتعلق بما يقع من التابع بمناسبة وظيفته فيه توسيع لمسئولية السيد ، وهو يطابق ما قررته المحكمة فى عدة أحكام سبق لنا تحليلها ونقدها فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٣ ص ١٥٥

---

(٣٧) يراجع فى ذلك مؤلفنا فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية جـ ٢ سنة ١٩٦٠ نبذة ١٣٠ ص ٥٥ وما بعدها .

وما بعدها وعلى الأخص ص ١٦٩ — ١٧٦ ، حيث بينا أنه كثيرا ما يقع أن تكون الوظيفة قد هيأت للتابع وسيلة ارتكاب الفعل الضار ، ومع ذلك لا تترتب على عمله مسئولية السيد اذا كان فى وسع التابع أن يحصل على الوسيلة التى سهلت له ارتكاب ذلك الفعل من غير طريق الوظيفة (٣٨).

على أن وقائع هــذه القضية يستفاد منها أن تعريج السـائق لمل البطارية يعتبر عملا متمما لمأموريته الأصلية . أو على الأكثر يعتبر تزيدا من السائق قام به لمصلحة سيده العرضى — اذا سلمنا له بهذه الصفة — ومن شأن التزيد فى أداء عمل من أعمال الوظيفة أن يمد حدود الوظيفة الى أبعد من دائرتها الطبيعية وأن يجعل السيد مسئولا عما يرتكبه التابع أثناءه (أنظر تعليقنا المشار اليه آنفا ص ١٧٨ و ص ١٧٩) .

مسئولية السيد عن تجاوز تابعه حدود وظيفته (*) — كلف شخص خادمه أن يستدعى عاملا لاصلاح سيارته المودعة فى جراج عمومى ، وترك مفتاح السيارة فيها لهذا الغرض ، وسلمه بطـاقة يشترى بهـا بنزينا من محل معين ، فأحضر الخادم عاملا ميكانيكيا ، واتضح للعـامل

---

(٣٨) يراجع فى ذلك مؤلفنا فى المسئولية ادنية فى تقنينات البلاد العربية ج ٢ سنة ١٩٦٠ نبذة ١٣٣ ص ٦٢ وما بعدها . وأيضا السنهورى الوسيط ج ١ ط ٣ نبذة ٦٨٠ وما بعدها ص ١٤٣٥ وما بعدها .

(٣٨) لم يبق لنا الا احتمال أن تكون المحكمة قد تأثرت فيما قضت به بظرف وقوع الحادث الضار أثناء قيام السائق بعمل صلحة ناظر المدرسة ، تمشيا فى ذلك مع نظرية تحمل التبعة التى تجعل مسئولية السيد غرما عليه يقابل الغنم الــذى يعود عليه من نشـاط التابع وتكتفى فى ذلك بالتبعيـة الاقتصادية .

ولكن ابادىء التى قررتها المحكمة فى حكمها ، وعـدم اكتفائها بشرط الاختيار الذى بنت عليه المحكمة الاستئنافية حكمها ، وابراز أهمية شرط التوجيه والرقابة الى حد ادماج شرط الاختيار فيه ، كل ذلك ينفى أن تكون المحكمة قد قصدت الاكتفاء بفكرة التبعية الاقتصادية ، وان كان لا ينفى امكان تاثر احكمة فى شعورها بالعدالة بهذه الفكرة وبذلك الظرف ، وخصوصا أن محكمة النقض فى اثباتها توافر سلطة التوجيه والرقابة هذه قد أحلت نفسها محل محكمة الموضوع فى تقديرها .

(*) منشور فى مجـلة القـانون والاقتصاد س ٧ عـدد نوفمبر سنة ١٩٣٧ ص ١٥٤٠ .

أن ليس فى السيارة عيب وأن الذى ينقصها البنزين ؛ فاشترى الخادم بنزينا وخرج بالسيارة يبحث عن سيده • وفى أثناء الطريق تسبب بخطئه فى اصابة شخص ؛ فحكم عليه جنائيا وعلى سيده معه بالتعويض ، وقالت محكمة الجنايات فى ذلك « ان ارتكاب التابع للجريمة متجاوزا حدود وظيفته أو بمناسبة تلك الوظيفة فقط ولو كان فى غير أثناء تأديتها بالذات يجعل المخدوم مسئولا مدنيا » • ومحكمة النقض قررت « أن هذا الذى أثبته الحكم فيما يتعلق بمسئولية الطاعن (السيد) عن خطأ تابعه ولو تجاوز التابع حدود وظيفته صحيح قانونا لأن وظيفة هذا التابع هى التى هيأت له اتيان ما أتى من الخطأ » (نقض جنائى ٢٢ مارس ١٩٣٧ المحاماة ١٧ — ٩٩٥ — ٥١٣) •

ويلاحظ أن القانون لم ينص فى المادة ١٥٢/٢١٤ مدنى الا على الأفعال التى تقع من الخدم فى حال تأدية وظائفهم en exercant leurs fonctions ، وهذا النص لا يختلف كثيرا فى معناه عن نص القانون الفرنسى فى المادة ١٣٨٤ حيث ورد فيها :

les maitres et les commettants (sont responsables) du dommage cause par leurs domestiques et pré posés dans les fonctions auxquelles Ile les ont employés.

ويعتبر فعل التابع أنه داخل فى ضمن أعمال وظيفته كلما كانت وظيفته تشمل عادة القيام بمثل هذا الفعل • ومن المسلم به أن يضاف الى ذلك كل تجاوز لحدود الوظيفة ؛ وهو كل خطأ فى طريقة تنفيذ العمل الداخل فى الوظيفة (راجع بهجت بدوى فى مسئولية السيد ص ١٦٩ و ص ١٧٠ ؛ سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٤٠٢ وما بعدها ، وباللغة الفرنسية ص ٤٢٣ وما بعدها) •

غير أن المحاكم الفرنسية لم تقتصر على ذلك ، بل قررت أولا مسئولية السيد عن أعمال تابعه التى يرتكبها بمناسبة قيامه بوظيفته ؛ ثم ذهبت الى حد تقرير هذه المسئولية عن الأعمال التى يرتكبها التابع

فى أثناء قيامه بوظيفته وفى المكان المعين لذلك ولو لم يكن بين تلك الأعمال ووظيفة التابع أية علاقة سببية . (أنظر المرجعين السابقين) .

وقد انتقد الدكتور بهجت بدوى خطة المحاكم الفرنسية فى هذا التوسع ، ورأى أنه يجب التعويل فى ذلك على التفسير الدقيق لعبارة المادة ١٣٨٤ فقرة ثالثة ، فيشترط أن يكون خطأ التابع داخلا بطبيعته فى ضمن أعمال وظيفته وأن يكون قد ارتكبه بصفته تابعا أو خادما ، أى ألا يكون ارتكابه لذلك الخطأ خارجا عن العمل المكلف به . فاذا كان فى ذلك الخطأ تجاوز لحدود الوظيفة لم يكن ذلك بمانع قيام مسئولية السيد ، أما كون الخطأ وقع بمناسبة القيام بالوظيفة ، أو فى أثناء القيام بها وفى المكان المعين لذلك فلا أهمية له (بهجت بدوى ص ١٦٦) .

وقد اتبعت هذا الرأى محكمة النقض المصرية فى حكمين صادرين بتاريخ ١٠ أبريل ١٩٣٣ فقررت أن مسئولية السيد عن عمل التابع لا محل لها الا اذا كان الخطأ المستوجب للتعويض قد وقع من التابع حال تأدية وظيفته en exercant ses fonctions كما تقضى المادة ١٥٢ من القانون المدنى (المحاماة ١٤ — ١ ص ٤ و ٥ رقم ٣ و ٤) .

فازاء ذلك ، على أى وجه يمكن أن تحمل عبارة محكمة الجنايات فى الحكم موضوع هذا التعليق التى عولت على ارتكاب التابع للجريمة متجاوزا حدود وظيفته أو « بمناسبة تلك الوظيفة فقط ولو كان فى غير أثناء تأديتها بالذات » ، وعبارة محكمة النقض التى عللت مسئولية السيد « بأن وظيفة التابع هى التى هيأت له اتيان ما أتى من الخطأ » ؟ اننا نميل الى الاعتقاد أن كلتا المحكمتين لم تقصدا التوسع فيما تشمله أعمال التابع التى تستوجب مسئولية سيده . وأن ورود هاتين العبارتين بعد الكلام عن تجاوز حدود الوظيفة لم يقصد به سوى تفسير معنى ذلك التجاوز ، ولكنه فى نظرنا تفسير غير موفق . ولا سيما انه لم تكن ثمة حاجة اليه ، لأن الخطأ الذى وقع من التابع فى ظروف هذه القضية يعتبر تجاوزا لحدود الوظيفة ، ولا يكفى أن يقال فيه فقط انه وقع بمناسبة تلك

الوظيفة ، فكثيرا ما حكمت المحاكم الفرنسية بأن الخادم المنزلى — المنوط به خدمة سيده بوجه عام — يعتبر فى جميع أعماله التى يقوم بها لحساب سيده قائما بوظيفته (نقض فرنسى ٣٠ أغسطس ١٨٦٠ سيرى ١٨٦٠ — ١ — ١٠١٣ ، ٢٥ يونيه ١٨٦١ سيرى ١٩٦٢ — ١ — ١٥١ ، وراجع فى ذلك ديموج جـ ٥ ص ١١٥ ، سوردا جـ ٢ ص ١٤٤ ، بهجت بدوى ص ١٥٢ ، سليمان مرقس ص ٤٠٣ وباللغة الفرنسية ص ٤٢٤) .

مسئولية السيد عن تابعى تابعه ، وأساس هذه المسئولية (*) :

مسئولية السيد عن أفعال تابعه مسئولية استثنائية مقررة بحكم القانون ، فمن غير الجائز التوسع فيها لجعل السيد مسئولا عن أفعال الأشخاص الذين يعينهم تابعه sous - préposes الا اذا كان السيد قد أمر تابعه بتعيينهم أو أقره على ذلك التعيين (سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٤٠١ وباللغة الفرنسية ص ٤٢١ . بهجت بدوى فى مسئولية السيد باللغة الفرنسية ص ٦٩ ، مازو فى المسئولية المدنية نبذة ٨٨٠) .

وتطبيقا لذلك حكمت محكمة استئناف مصر فى ١٥ نوفمبر ١٩٣٦ بأن الجمعية التى أنشأت مستوصفا مسئولة عن أعمال مديره الطبيب وعن اهمال التمورجى الذى عينه ذلك المدير والذى تسبب فى حصول تسمم لأحد المرضى بتقصيره فى تعقيم الابرة قبل حقنه بها ، وقررت فى حكمها أن السيد سواء أكان فردا أم جماعة مسئول عن عماله الأصغرين الثانويين ولو كان تعيينهم بمعرفة الموظفين الرئيسيين مادام أن تعيينهم بمعرفتهم داخل فيما رسم لهم صاحب العمل من الاختصاصات ، وقد عنيت المحكمة ببيان أن حقن المرضى متصل اتصالا وثيقا بوظيفة التمورجى وأن تعيين التمورجى داخل فى اختصاص مدير المستوصف ،

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة ، فبراير ١٩٣٧ ، ص ٣٤٦ .

وقضت بناء على ذلك بمسئولية المستوصف عن خطأ التمورجى (استئناف مصر ١٥ نوفمبر ١٩٣٦ المحاماة ١٧ — ٤٣٣ — ٢٠٣) .

وقد أصاب هذا الحكم فيما ذهب اليه من جعل المستوصف مسئولا عن اهمال التابع الذى عينه له تابعه الأول ، غير أنه يلاحظ عليه أنه لم يكتف فى تبرير هذه المسئولية بحق التعيين والرقابة الذى للجمعية صاحبة المستوصف على تابعيها بل استند فى ذلك أيضا الى « أن الجمعية تصيب من اجراء تلك الحقن فى مستوصفها فائدة مادية اذ أن المستوصف يقتضى عنها أجرا قدره قرشان لكل حقنة ... فلا مناص من اشتراك الرئيس الأول صاحب المستوصف فى تحمل مسئوليته لأنه هو المستفيد من دخل المستوصف ومن ضمنه أجر تلك الحقن » .

ويتضح من هذه الحيثية أن المحكمة أخذت فيها بنظرية الغرم بالغنم أو تحمل التبعة téorie du risque ؛ كما أخذت بها بعض أحكام المحاكم المختلطة [٧ مايو ١٩٢٥ (٣٧ ص ٤١٥) الغازيت ٧ — ٨ — ٦ ، ١٦ مارس ١٩٢٢ (٣٤ ص ٢٤١)] . مع أن هذه النظرية تجعل السيد مسئولا شخصيا وشريكا لتابعه فى تحمل المسئولية ، فتتعارض بذلك مع النتائج المسلم بها كجواز رجوع السيد على تابعه ، ولا تتفق مع ما بدا أخيرا من نية محكمة النقض فى جعل أساس هذه المسئولية كفالة مفروضة على السيد بحكم القانون ، بالتضامن مع تابعه ، بحيث لا يلتزم هو شخصيا بمبلغ التعويض بل يؤديه عن تابعه على أن يرجع عليه .

ح — مسئولية القاصر عموما ومسئولية السيد القاصر بنوع خاص (*) :

نصت المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى على مسئولية كل من تسبب فى ضرر لغيره ولم تشترط رشد الفاعل أو تمييزه ولا هى نصت على اعفائه

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة فبراير ١٩٣٧ ، ص ٣٤٤ .

ان كان قاصرا أو غير مميز ، فاختلف الشراح والمحاكم فى ذلك ، فقال فريق بمسئولية القاصر وغير المميز ، وعارضهم فى ذلك فريق آخر (راجع مازو نبذة ٤٥٥ وما بعدها) ، وقد تأثر المشرع المصرى المختلط برأى الفريق الأخير ونص فى المادة ٢١٢ مدنى على عدم مسئولية كل فاعل غير مدرك لأفعاله سواء أكان لعدم تمييزه بالنسبة لسنه أم لسبب آخر ، أما المشرع الأهلى فقد تجنب الأخذ بنص المادة ٢١٢ مختلط ونقل فى المادة ١٥١ مدنى أهلى نص المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى بحرفه ، فجاز الخلاف فى مصر كما فى فرنسا ، ونحن نرى أن الحل يصح أن يختلف فى هذه المسألة حسب تغير الظروف دون مساس بمبدأ المسئولية ، فيعتبر القاصر أو غير المميز مسئولا كلما وقع منه خطأ ، لأن قصره أو عدم تمييزه لا ينفى مبدئيا امكان وقوع الخطأ منه ، اذ أن الخطأ يقدر عادة بمعيار موضوعى لا شخصى ، فيقاس تصرف القاصر بمسلك شخص فى مثل سنه بصرف النظر عن تفاوت قوة الادراك بينهما ، وعندى أنه لا يجوز مطلقا صرف النظر عن سن القاصر وقياس تصرفه بمعيار الرجل اليقظ المتنبه كما يرى الأستاذان هنرى وليون مازو فى كتاب المسئولية المدنية نبذة ٤٦٠ وما بعدها (أنظر فى ذلك ما تقدم فى ص ٣٣) .

ومتى سلمنا بمسئولية القاصر عن فعله الشخصى ، لزمته من باب أولى مسئولية السيد عن فعل تابعه لأنها مفروضة بحكم القانون ولا يحتاج فيها الى اثبات خطأ السيد أو نفيه ، وقد حكمت محكمة النقض أخيرا بأن القاصر يسأل فى ماله عن خطأ خادمه عملا بالمادة ١٥٢ مدنى ولا يحمل عنه وصيه هذه المسئولية (نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٣٦ القانون والاقتصاد ٧ — ٣ — ٢٦) ، وحكمها بذلك عين الصواب حتى مع عدم التسليم بمبدأ مسئولية القاصر عن فعله الشخصى ، ذلك أنه يكفى لتطبيق المادة ١٥٢ مدنى أن يقع الخطأ المنتج للضرر من خادم وأن يكون الخطأ قد وقع أثناء تأدية الخادم عمله ، ومتى توافرت هذه الشروط ثبتت مسئولية السيد بحكم القانون وبغير حاجة الى البحث فيما اذا كان السيد قد أحسن أو أساء اختيار خادمه ومراقبته أو أن

الخادم قد خالف أوامر سيده ، لأن هذه المسئولية ان هى الا مسئولية مفترضة افتراضا قانونيا (راجع حيثيات الحكم فى المرجع السابق ص ٢٧) ، وقد فرضها القانون على كل سيد بلا استثناء ، فحق التعويض لكل من أصيب بضرر بخطأ خادم أو تابع ، ولا يجوز للسيد أن يدفع عن نفسه هذه المسئولية بسبب قصره وعدم قدرته على مباشرة حقه فى رقابة تابعه ، لأنه من المقرر أن القصر لا تندفع به المسئولية متى افترضها القانون ، فالصغير يسأل عن فعل حيوانه عملا بالمادة ١٥٤/ ٢١٥/١٣٨٥ مدنى (أنظر مازو نبذة ١١٣٦ وديموج جـ ٥ نبذة ١٠٢٠) ، وكذلك يسأل عن فعل تابعه ، ولأنه ان كان غير قادر على مباشرة حقه فى رقابة تابعه بنفسه ، فان وصيه ينوب عنه فى ذلك كما ينوب عنه فى مباشرة سائر حقوقه ، ولا يجوز للصغير أن يحتج بذلك كى يلقى المسئولية على وصيه ، لأن الوصى لا يعمل فى ذلك لحساب نفسه بل لحساب الصغير ، ولأن تصرفاته بهذه الصفة تنتج آثارها فى ذمة القاصر لا فى ذمته هو ، ولا يتصور أن تؤدى الوصاية — وهى فى الأغلب من غير مقابل — الى أن يضمن الوصى فى ماله أخطاء خدم القاصر ، ولو قيل بغير ذلك لأجفل الناس من قبول الوصاية هربا من مثل هذه المغارم التى لا تندفع (راجع مذكرة وكيل النيابة الأستاذ محمد عبد الله محمد فى المرجع السابق هامش ص ٣٠) .

ط — التضامن فى المسئولية بين السيد وتابعه وجواز توجيه دعوى الضمان الفرعية من أولهما الى الثانى (*) : قرر الشارع مسئولية السيد عن خطأ تابعه لضمان حصول المصاب على تعويض ما لحقه من ضرر (المادة ١٥٢/٢١٤ مدنى) ، وذلك لأن التابع يكون عادة معسرا ، أما السيد فمفروض فيه أنه ملىء ، ولأن الحكم بالتعويض على التابع

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، فبراير ١٩٣٧ ، ص ٣٣٩ .

وحده قليل الجدوى ، وهو لا يحقق الغرض منه الا اذا ألزم السيد بالتعويض بالتضامن مع تابعه (المادة ١٥٠/٢١١) . وحكم المدينين المتضامنين فى دين واحد أنه يجوز الزام أى واحد منهم بوفاء جميع الدين للدائن ، على أن يكون لمن قام بالوفاء حق الرجوع على باقى المدينين كل منهم بقدر حصته ، ويثبت له هذا الحق قانونا من وقت قيامه بالوفاء فعلا ، لا بمجرد تعهده أو التزامه بالتضامن ، اذ أن المرء لا يرجع الا بما دفع زيادة عما هو واجب عليه ، ومادام هو لم يدفع شيئا ، فلا حق له فى رجوع ، وان كان بحكم التضامن معرضا للتنفيذ عليه بكامل الدين ، لأن هذا الخطر الأخير احتمالى ، ولا يتحقق الا اذا اختار الدائن مطالبة هذا المدين بالذات دون غيره ، فاذا حكم على السيد وتابعه بالتضامن بينهما ، فان مجرد الحكم بالتضامن لا يخول أحدهما حق الرجوع على الآخر ، مادام لم يدفع شيئا من التعويض ، فان رجع كان رجوعه على غير أساس ، وسابقا لأوانه .

وقد طبقت ذلك محكمة الجنايات فى قضية طلب فيها المدعى المدنى الحكم بالتعويض على وزارة الداخلية بالتضامن بينها وبين أحد رجالها اتهم بجناية ، ثم وجهت الوزارة دعوى الضمان الفرعية الى المتهم طالبة الحكم عليه بما عساه أن يحكم عليها به من تعويض ، فرفضت محكمة الجنايات هذه الدعوى الفرعية باعتبار أنها سابقة لأوانها ، وقضت بالزام الوزارة والمتهم بالتعويض متضامنين .

ولكن محكمة النقض ألغت هذا الحكم بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٣٦ (المحاماة ١٧ — ١٤٨ — ٦٩) واستندت فى ذلك الى « أن حق المدين المتضامن فى توجيه دعوى الضمان الفرعية الى زميله المتضامن معه مقرر فى كتب الفقه ولا نزاع فيه » ، والواقع أن الذى قرره الشراح ولا نزاع فيه أنه « اذا كان شخصان أو أكثر ملزمين بدين واحد ، فلمن طلب منه أكثر من حصته فى الدين أن يطلب ادخال المدينين الآخرين ليضمنوا له ما زاد على نصيبه » (أبو هيف بك فى المرافعات نبذة ١٠٣٧) ، أما اذا

كان قد وجه الدعوى الى جميع المدينين ، وطلب الحكم عليهم بالتضامن ، فلا محل لتوجيه دعوى الضمان الفرعية من بعضهم الى البعض الآخر ، لأنهم جميعا داخلون فى الدعوى الأصلية ومطالبون بالتضـامن ، ولأن دعوى الضمان الفرعية ليست الا وسيلة لادخال خصم فى دعوى أصلية ليس هو طرفا فيها •

وبما أن المدعى المدنى فى القضية التى صدر فيهـا حكم النقض سالف الذكر كان قد وجه دعواه الى الوزارة والمتهم بالتضامن بينهما ، فلم يكن ثمة محل لتوجيه دعوى الضمان الفرعية من أحدهما الى الآخر ، وقد أصابت محكمة الجنايات برفضها هـذه الدعوى • غير أن محـكمة النقض لم تكتف بالاستناد الى ما أسلفناه من آراء الشراح ، بل شرحت نظريتها بقولها ان « من مصلحة المدين الذى رفعت عليه دعوى تعويض بالتضامن مع مدين آخـر أن يقاضى فى نفس الوقت ذلك المدين الآخـر ويطلب الى المحكمة فى حالة الحكم عليـه بذلك الدين أن تقضى له بحق الرجوع على المدين الآخر بكافة ما يحكم به عليه هو اذا كان لديه من الأسباب ما يقتضى عدم ملزوميته ، هو شخصيا ، بشىء من الدين » •

وعندى أن المحـكمة قـد تكون من حيث الموضوع أصابت الحل القانونى الصحيح ، الا أن عبارتها يعوزها قليل من الدقة وربما كـان السبب فى ذلك راجعا الى خطأ وزارة الداخلية نفسها فى تكييف مركزها القانونى وفى ابداء طلباتها ، وبيان ذلك أنه مما لا نزاع فيه أن الشركاء فى المسئولية يجـوز لكل منهم — اذا رفعت الدعـوى عليهم جميعـا بالتضامن — أن يطلب من المحكمة تعيين مقدار ما يجب عليه شخصيا من التعويض حتى يكون ذلك أساسا لتسوية علاقتـه مع شركائه (سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٣٤٢ وما بعدها وصفحة ٤٣٦ وباللغة الفرنسية ص ٣٤٤ و ٤٦٦ وما بعـدها) ، وبالأولى يجوز لأى واحـد من المدينين أن يطلب من المحكمة أن تقـرر عدم ملزوميته هـو شخصيا ازاء شركائه بشىء من الـدين اذا كان لديه من الأسباب مـا يقتضى ذلك ، وانما ليس له أن يصوغ طلبه هـذا فى شكل دعوى ضمان

فرعية ، فقد بينا أن لا محل لذلك فى مثل هــذه الحالة ، وكذلك لا يعتبر المدين الذى يتقدم بمثل هذا الطلب أنه يقاضى فى نفس الوقت المدينين الآخرين ، بمعنى أنه يوجه اليهم دعوى الضمان الفرعية ، ولا أنه يطلب الى المحكمة أن تقضى له بحق الرجــوع على المدينين الآخرين بكــافة ما يحكم به عليه هو ، لأن حق الرجوع لا يثبت له الا بعد قيامه بالوفاء بما يزيد على نصيبه ، ولا عبرة بالحكم به لأن من صدر له هــذا الحــكم لا يستطيع الرجوع فعلا الا اذا كان قد دفع زيادة عن نصيبه . فتكييف المسألة على أنها مقاضاة من وزارة الداخلية للمتهم . للحكم لهــا بحق الرجوع عليه بما عساه يحكم عليها به ، تكييف غير دقيق ، وكان ينبغى أن تطلب وزارة الداخلية من المحكمة أن تقرر عدم ملزوميتها بشىء من التعويض فى علاقتها بالمتهم ، فتحكم المحكمة بذلك ، ويكون حكمها أساسا لرجوع وزارة الداخلية ، اذا نفذ المدعى المدنى عليها وحدها دون المتهم .

هذا من حيث الشكل ، أما من حيث الموضوع فقــد رأت محــكمة النقض أن تبرر أيضا ما ذهبت اليه ، فقالت « ان مصلحة المدين فى ذلك محققة لا احتمالية فقط لأن رفع الدعوى عليه بادىء الأمر بصفته مدينا متضامنا مع المدين الآخر معناه التزامه شخصيا فى النهاية بجزء من الدين سواء اختار الدائن التنفيذ عليه هو بما حكمت به المحكمة ثم رجع هو على زميله المدين بحصته فيما حكم به ، أو كان الدائن قد اختار التنفيذ على المدين الآخر ثم رجع هذا المدين الآخر على المدين الأول بحصــته فيما حكم به طبقا للمادة ١١٥ مدنى . وهــذه المصلحة المحققة من أول الأمر هى التى تبيح لذلك المــدين الرجوع على زميله المــدين فى نفس الوقت الذى رفعت فيــه دعوى التعويض الأصلية على المدينين معــا والمطالبة بالحكم له على المدين الآخر بكل ما يحكم به عليه » .

غير أن تلك المصلحة المحققة التى أشارت اليهــا محــكمة النقض تفترض شخصا متضامنا مع الآخرين بغير أن يلزمه هو شخصيا شىء من الدين ، وقد رأت المحكمة أن تطبيق حكم المادة ١١٥ مدنى لابد أن

يؤدى الى تحميل مثل هذا الشخص بنصيب من الدين مع أنه غير ملزم بشىء ، فيكون من مصلحته طلب الحكم له على المتضامنين معه بكل ما يحكم به عليه ، حتى لا يتحمل فى النهاية شيئا من الدين • ولكن يجب ألا يفوتنا أن ما تقرره المادة ١١٥ من حق الرجوع على المدينين الآخرين بقدر أنصبائهم يصح أن يشمل الدين كله اذا كان من وفاه ليس ملزما بشىء منه ، فلا خطر على المدين اذن من ارجاء حقه فى الرجوع على غيره الى ما بعد قيامه بالوفاء ، ولا مصلحة له محققة فى تعجيل مباشرته لهذا الحق ، والسماح له بالمطالبة به فى نفس الوقت الذى رفعت فيه دعوى التعويض الأصلية على المدينين معا •

أما من حيث المبدأ فى كون السيد يجوز فى علاقته بتابعه ألا يلزم بشىء من التعويض اذا أبدى أسبابا تبرر ذلك فالمسألة خلافية ، ولابد فى حلها من الرجوع الى تعيين أساس مسئولية السيد ، وقد تعددت الآراء فى ذلك ولكن يمكن تقسيمها الى أربعة مذاهب رئيسية (١)، فالمذهب الأول يرى أن أساس هذه المسئولية قرينة على تقصير السيد فى واجب الرقابة وعلى سوء اختياره لخدمه أو تابعيه (١) ، (٢) والثانى يرى أن السيد يسأل باعتباره كفيلا متضامنا ، لا باعتباره ملزما شخصيا بالتعويض ، (٣) والثالث يعتبر خطأ السيد فى اختيار تابعه ثابتا بمجرد ارتكاب التابع للفعل المنتج للمسئولية ، (٤) والرابع يبنى هذه المسئولية على فكرة تحمل التبعة théorie du fisque (راجع سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٢٠ وما بعدها وباللغة الفرنسية ص ١٢١)، • أما الرأى الأول فلا يستقيم مع ما هو مسلم به من عدم جواز دفع مسئولية السيد بنفى الخطأ عن نفسه ، واذا أخذنا بالرأى الثانى كان السيد غير ملزم شخصيا بالتعويض ، وجاز له أن يطلب من المحكمة أن تقرر ذلك ، حتى يستطيع الرجوع على تابعه بكل التعويض اذا نفذ به عليه هو ، ولم يجز للتابع اذا فرضنا وفاءه بالتعويض أن يرجع به أو

---

(١) من هذا الراى الاول سوردا جـ ١ نبذة ٧٧٠ وما بعدها •

ببعضه على سيده • أما الرأى الثالث فيجعل السيد مخطئا خطأ ثابتـا كما هو الحال بالنسبة لتابعه ، ويترتب على ذلك توزيع المسئولية بينهما وفقا لأحكام الخطأ اشترك • والرأى الرابع يجعل السيد ملزما أصـلا بالتعويض ، ولا يبعـد أن يؤدى الى تخويل التـابع حق الرجوع على السيد (أنظر حكم محكمة أبو حمص الجزئية ١٧ نوفمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ — ٢٦٩ — ٢٠٥) ويرى سافاتييه أن الرأى الرابع لا يحول دون رجوع السيد على التابع باعتبار أن المسئولية المبنية على تحمل التبعة مسئولية ثانوية أو احتياطية وان الأصل هو المسئولية المبنية على الخطأ (سافاتييه جـ ١ — ٣٧٤ — ٢٢٨) •

يتضح من ذلك أن ما ذهبت اليه محكمة النقض من جواز الأخـذ بعدم مسئولية السيد شخصيا بشىء من التعويض ، لا يستقيم الا مع الرأى الثانى الذى يجعل السيد مسئولا عن أعمال تابعه باعتباره كفيلا متضامنا معه فقط ، لا باعتباره مسئولا شخصيا عن التعويض ، فهـل اختارت المحكمة هذا الرأى عمدا واستقرت عليه بعد بحث وتمحيص ؟ اننا نميل الى الاعتقاد بذلك وان كنا لا نجد فى هذا الحكم ما يؤيده •

وقد تأكد عندنا أخيرا هذا الاعتقاد بصدد حكم حديث من محكمة النقض قررت فيـه أنه يكفى لتطبيق المـادة ١٥٢ أن يقع الخطأ المنتج للضرر من خادم ، وأن يكون الخطأ قد وقع أثناء تأدية الخادم عمله ، ومتى توافرت هذه الشروط ثبتت مسئولية السيد بحكم القانون وبغير حاجة الى البحث فيما اذا كان السيد قد أحسن أو أساء اختيار خـادمه ومراقبته أو أن الخادم قد خالف أوامر سيده ، لأن هذه المسئولية ان هى الا مسئولية مفترضة افتراضا قانونيا (١٢ نوفمبـر ١٩٣٦ القـانون والاقتصاد ٧ — ٣ — ٢٦ ، وأنظر أيضا فى هذا المعنى نقض ١٩ مايو ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٢٣٧ — ٧٩ ولو أنه اعتبر مسئولية السية مبنيـة على مجرد افتراض الخطأ) ، وقد أرادت المحكمة بذلك أن تقرر أن هذه المسئولية أساسها نص القانون وليس الخطأ ، ومما يؤكد نية المحكمة هذه ما ورد فى مذكرة النيابة العمومية المقـدمة فى الدعوى من حضرة

الأستاذ محمد عبد الله محمد حيث جاء فيها بعد بحث مستفيض : « واذا تأملنا ما تقدم ألفينا أننا بصدد نوع من المسئولية لا يعصم منه رشد ولا عقل ولا يفيد فى دفعه استشهاد الشخص بحيطته أو تبصره ، اذ هى مسئولية فرضها القانون فرضا وقصد منها فيما قصد أن يضم بها ذمة السيد الى ذمة الخادم تأمينا للمضرور وتيسيرا له فى اقتضاء التعويض الذى يستحقه » (القانون والاقتصاد ٧ — ٣ — ٣٠ فى الهامش) ٠

يخلص اذن من ذلك أن محكمة النقض المصرية تعتبر مسئولية السيد عن أعمال تابعه مصدرها القانون وأساسها كفالة الأول للثانى بالتضامن فيما بينهما ٠

مسئولية صاحب العمل عن أعمال المقاول (٢) : لا يسأل السيد عن أعمال تابعه الا اذا توافرت بينهما علاقة التبعية ، وتنشأ هذه العلاقة بصفة عامة عن عقد ايجار الأشخاص ، غير أنه لا يندر أن توجد أيضا بين طرفى عقد الاستصناع اذا كان العقد يخضع المتعهد للمتعهد له اخضاعا كافيا لجعله تابعا له ؛ فليست العبرة فى قيام هذه العلاقة بطبيعة العقد الذى يربط الطرفين ، وانما المعول عليه حالة خضوع التابع لرقابة سيده وأوامره (راجع محمد حلمى بهجت بدوى ، فى مسئولية السيد عن أعمال تابعه ، باريس سنة ١٩٣٠ ص ٧٧ وما بعدها ، وسليمان مرقس ، فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٣٩٧ وما بعدها وباللغة الفرنسية ص ٤١٥) ٠

وبناء على ذلك لا يعتبر تابعا من كان له فى عمله استقلال يخرجه عن سلطة غيره ، وقد حكمت المحاكم المصرية بأن المقاول رجل مستقل فى عمله عن صاحب العمل ، وله كل الحرية الفنية فى أن يتخذ وحده مايراه

---

(٢) منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، أبريل ١٩٣٧ ، ص ٦٥٤ ٠

لامكان الوصول بالمقاولة الى النهاية المشترطة عليه فى العقد ، ومن ثم لا تكون علاقته بصاحب العمل علاقة تابع بسيد ، ولا يكون صاحب العمل مسئولا مع المقاول عما يرتكبه هذا الأخير من الخطأ الفنى فى عمله ، بل المقاول هو المسئول وحده (مصر الابتدائية ٢٠ ديسمبر ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ رقم ١١٩ ، الموسكى الجزئية ٢٦ فبراير ١٩٣١ مجموعة ناصر رقم ٥٤٦٢ ، استئناف مختلط ٢٤ يونيه ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٥٨) ، ٢٢ نوفمبر ١٩١٦ (٢٦ ص ٧٤) .

غير أن محكمة مصر الأهلية حكمت فى ٢٣ مارس ١٩٣٦ (المحاماة ١٧ — ٦٥٣ — ٣١٥) بمسئولية وزارة الأشغال عن أعمال مقاول المجارى التى نشأ عنها خلل فى المنازل المجاورة لأعمال المجارى ، وقد بنت حكمها على ما ثبت لديها من أن عقد المقاولة خول مدير عام مصلحة المجـارى حق رقابة أعمال المقاول فى جميع تفاصيلها وحق اصدار التعليمات اليه فى كل ما يلزمه عمله ، وحرم المقاول حق مناقشة الموظف المباشر ولو فى حالة الخطأ الفنى ، مما يجعل المقاول تابعا فعلا لمصلحة المجارى ووزارة الأشغال .

وعندى أن المحكمة أصابت الحل الصحيح فيما ذهبت اليه ، وحكمها بذلك يتمشى مع ما أخذت به المحاكم الفرنسية من زمن ، حيث حكمت بأن عقد المقاولة يجعل المقاول تابعا لشركة السكك الحديدية مادام قد نص فيه على التزام المقاول باتباع جميع الأوامر والتعليمات التى يصدرها اليه كبير مهندسى الشركة أو قلم هندستها فيمـا يتعلق بطريقة تنفيـذ المقاولة (نقض فرنسى عرائض ١٠ نوفمبر ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٩ — ١ — ١٣٣) .

ولكن ليس معنى ذلك أن كل رقابة لصاحب العمل على المقاول تكفى لتوافر علاقة التبعية بينهمـا وترتيب المسئولية عليها ، اذ الغـالب أن أن يحتفظ صاحب العمل بحق رقابة المقاول فى تنفيذ شروط المقاولة دون أن يقصد بذلك التدخل فى طريقة تنفيـذ تلك الشروط ، فان مثل هـذه

الرقابة العامة لا تتوافر بها علاقة التبعيه • وقد عنيت محكمة مصر ببيان ذلك فميزت بين (١) حالة ما اذا سلم صاحب العمل المقاولة لمقاول استقل بتنفيذها ، (٢) وحالة ما اذا خول صاحب العمل بمقتضى العقد لنفسه حق الاشراف البسيط على العملية لضمان حسن سير العمل على شرط أن لا يكون له تداخل فعلى وأن لا يتلقى عمال المقاول الأوامر الا منه (من المقاول) ، (٣) وحالة ما اذا أعطى صاحب العمل لنفسه حق التداخل فى تنفيذ المقاولة من الوجهة الفنية ، بحيث ان المقاول يكون ملزما بمقتضى العقد بتنفيذ أوامر صاحب العمل • فجعلت صاحب العمل مسئولا عن أعمال المقاول فى الحالة الأخيرة ، دون الحالتين الأولين ، وهذا أيضا يتفق مع المبادىء الصحيحة (راجع سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٣٩٨ وباللغة الفرنسية ص ٤١٦) •

وفوق ذلك قررت المحكمة أنه متى احتفظ صاحب العمل لنفسه بحق التدخل الفعلى فى طريقة تنفيذ العمل ، كان لا مناص من مسئوليته قبل الغير الذين يصيبهم ضرر من عمل المقاول ، ولو اشترط فى عقد المقاولة أن يتحمل المقاول وحده هذه المسئولية ، لأن هذا الشرط لا أثر له الا فيما بين المتعاقدين ، ولا يتناول الا علاقة كل منهما بالآخر ، فلا يمكن أن يخلى مسئولية صاحب العمل قبل المصاب ، وفى هذا أيضا قد وفقت المحكمة كل التوفيق (٣) •

. مسئولية الحكومة عن أعمال المقاول ، هل تختلف عن مسئولية الأفراد (٤) : أصدرت محكمة مصر الأهلية حكما فى ٢٣ مارس سنة ١٩٣٦ طبقت فيه القواعد الخاصة بمسئولية السيد عن أعمال تابعه على وزارة الأشغال فى علاقتها بمقاول نشأت عن أعماله أضرار لبعض المنازل

---

(٣) يراجع فى ذلك مؤلفنا فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية القسم الاول فى أركان المسئولية س ١٩٧١ ص ٣٠١ وما بعدها .

(٤) منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، نوفمبر ١٩٣٧ ص ١٠٢٩ .

المجاورة ، وقضت بالزام وزارة الأشغال بتعويض الضرر بناء على ما ثبت لديها من أن عقد المقاولة يخول موظفى الوزارة حق التــداخل فى أعمال المقاول واصدار التعليمات اليه فى كل صغيرة وكبيرة ، مما يجعل المقاول تابعا للوزارة صاحبة العمل • وقد علقنا على هذا الحكم فى حينه من ناحية سلامة تطبيقه قواعد القانون المدنى المتعلقة بهــذا النوع من المسئولية (راجع تعليقاتنا فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ — ١ — ٦٥٤ • أنظر ما تقدم فى ص ٤٧٣) •

استؤنف هذا الحكم ، فأيدته محكمة الاستئناف فى ٣١ يناير سنة ١٩٣٧ (المحاماة ١٧ — ١٠٦١ — ٥٤١) ، وقررت فى حيثياتها « أن هذا الحكم أصاب فى تقرير مسئولية الوزارة ••• لأن أحكام التعاقد الذى بينها وبين المقاول جعلت من المقاول خادما لها بالمعنى القانونى الوارد فى المادة ١٥٢ مدنى فهى اذن مسئولة قانونية عن تعويض الضرر الناشىء للغير عن فعله فى أثناء تأدية وظيفته كما هو الحال هنا » • وقد اقتصرت محكمة الاستئناف فى هذه الحيثية على مجرد تقرير توافر علاقة التبعية ، اكتفاء بما ورد فى حكم المحكمة الابتدائية من بيان شروط عقد المقاولة التى يمكن استنباط توافر تلك العلاقة منها ، ولو أنها لم تشر الى ذلك ، مع أن الاشارة اليه كانت واجبة ، اذ لولا ورود ذلك البيان فى الحــكم الابتدائى لكان فى حكم الاستئناف قصور يتعذر معه على محكمة النقض التحقق من صحة تطبيق القانون فيما يتعلق بتوافر علاقة التبعية من عدمه •

على أن المهم فى حكم الاستئناف أنه لم يقتصر على هذا السبب الأول الكافى وحده لتبرير المسئولية ، بل بنى أيضا مسئولية الحكومة على أنها « حتى فى المقاولات ذات العقود المرسلة التى لا تشترط فيها لنفسها الرقابة على المقاول واصدار الأوامر اليه تبقى بصفتها حكومة مسئولة عن المحافظة على أمن الناس فى أموالهم وأرواحهم ولا تستطيع أن تنجو من تعويض الغير اذا هى أهملت أمر مراقبة المقاول اهمــالا نشأ عنه ضرر » • وظاهر أن هذه الحيثية لا تتفق مع مبادىء القانون

المدنى التى جرت أحكام المحاكم على تطبيقها فى مسئولية الحكومة ، لأن تلك المبادىء لا تجعل الحكومة مسئولة عن غير أعمال تابعيها ، وقد تقرر باطراد أن المقاول الذى لم يقيد برقابة صاحب العمل لا يعتبر تابعا له (راجع سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٣٩٧ وباللغة الفرنسية ص ٤١٥ وتعليقات على الأحكام فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ — ١ — ١٧٢ • أنظر ما تقدم فى ص ٤٧٣) •

وليس معنى هــذا أن ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف فى هــذه الحيثية خطأ فى ذاته ، ولكنه يدل على اتجــاه المحكمة نحو الشــعور بضرورة عدم التقيد بقواعد القــانون المدنى فيمــا يتعلق بمســئولية الحكومة ، وعلى ميلها الى الأخذ فى ذلك بمــا توحيه مبــادىء القانون العام ، تلك المبادىء التى أنشئت خصيصا لتنظيم عــلاقات الحــكومة بالأفراد والتى يؤدى تطبيقها على هذه القضية الى جعل الحكومة مسئولة باعتبار عــدم احتفاظها بالرقابة على أعمال المقــاول خطأ اداريا منهــا faute du service • وقد سبق أن أشار بمثل ذلك الأستاذ عبد السلام ذهنى بك فى كتابه (فى مسئولية الدولة عن أعمــال السلطات العــامة ، القاهرة ١٩٢٩ ص ٢٤٢ وما بعدها) • وأورد حكما قرر فى صراحة أنه يجب على القضاء المصرى فى أخذه بقواعد ضمان الأفعال ونظرية الضمان بالخطأ فيما يتعلق بمسئولية السلطة العامة أن يدأب على تهذيبها كلمــا استدعاه التطور الاجتماعى حتى يتاح للتشريع المصرى تغيير هــذه النظرية بخير منها (استئناف مصر ١٤ يناير ١٩٢٩ المحاماة ٩ — ٣٦٨ — ٢٠٢) •

ولعل محكمة الاستئناف قد أرادت بهذه الحيثية التى أوردتها فى حكمها الحديث بغير ما حاجة اليهــا وبغير سبب ظاهر ، لعــل محــكمة الاستئناف قد قصدت بذلك أن تنبه المشرع الى أنه قد آن له أن يضع التشريع الخاص بمسئولية الدولة — الذى سبق أن أشارت به فى حكمها الأول — تمشيا مع حالة التطور الاجتماعى التى أصبحت تقتضى ذلك ، حتى اذا لم يلب المشرع هذا النداء كانت المحاكم فى حل من التمشى مع

ذلك التطور الاجتماعى باقتفاء أثر القضاء الادارى الفرنسى فى هـذا السبيل •

فاذا كان هذا ما قصدت اليه المحكمة ، فنحن نقرها عليه ، وندعو معها اليه • غير أن هذا لا يمنعنا أن نلاحظ أن ما ذهبت اليه فى تقرير مسئولية الحكومة فى مثل هذه الحالة بناء على واجبها فى المحافظة على أمن الناس فى أموالهم وأرواحهم يعتبر فى حالة التشريع الحاضر محاولة جريئة للعمل بنظرية الخطأ الادارى ، وخروجا على ما انعقد عليه اجماع المحاكم المصرية الى الآن ، وما قررته وأكـدته غير مرة محكمة النقض والابرام ، وعلى الأخص فى الطعن رقم ٢٢٠٠ سنة ٢ ق المقدم من وزارة الداخلية ضد النيابة وآخر مدعى مدنى ، حيث بنت الوزارة طعنها على أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ اذ طبق على مسئولية الحكومة قواعد مسئولية السيد عن أعمال تابعه ، مع أن تلك المسئولية لا يصح أن تبنى على قواعد القانون المدنى ، وانما يجب الرجوع فيها الى قواعد القانون العـام التى تقتضى التفـريق بين الخطـأ المصـلحى أو الادارى faute de sirvice والخطأ الشـخصى faute personnelle بحيث لا تسأل الحكومة الا عن النوع الأول بخلاف الثانى فان تبعته تقع على عاتق الموظف أو المستخدم وحده دون الحكومة ، اذ رفضت محكمة النقض هذا الطعن وقالت فيه :

« ومن حيث ان هذا الطعن يرمى الى القول بوجوب ترسم مـا جرى عليه قضاء المحاكم الادارية بفرنسا وما أخـذ به علماء القـانون العام فيها من التفريق بين أساس مسئولية الحكومة عما يقع من موظفيها من عدوان حقوق الأفراد ومسئولية الأفراد عن أعمـال تابعيهم وذلك للاعتبارات التى تضمنتها كتب الفقه الفرنسى • على أن مجلس الدولة بفرنسا اذا كان قد جرى على هذه الخطة فبحكم ما له من حرية النظـر فى تقرير ما يرى من القواعد القانونية لأنه لم يقيد بقواعد مرسومة ، ومن أجل ذلك استن فى أحكامه سننا هى مزيج مما فهمه من معنى القانون العام ومما تقتضيه قواعد العدل المطلق ، وتابعه فيما رأى بعض فقهاء

القانون ، وخالفه آخرون ، وتشعبت بهؤلاء وأولئك السبل والمذاهب ، ولا يزالون مختلفين فى كثير من أمهات المسائل ، وقد أدى بهم مستحدث النظريات الى آراء ومواقف ليس من مصلحة الطاعنة — ولا من مصلحة مصر فى حالتها الراهنة — الأخذ بها ولا الجرى عليها ، ذلك هو مجمل الحال فى فرنسا . أما فى مصر فالمحاكم محدودة الاختصاص فيما ينشأ بين الحكومة والأفراد من منازعات فضلا عن تقيدها بما وضع لهـا من قوانين لا معدل لها عنها ، وليس فى ظروف الدعوى الحالية مايستوجب تنكب هذه القوانين الى ما عداها ، اذ النصوص المدنية صريحة وممكنـة التطبيق حتى فى دعاوى تضمين الحكومة بسبب ما يصيب الأفراد فى حرياتهم أو أموالهم بفعل الموظفين » (نقض مـدنى ١٠ أبريل ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ١ — ٤ — ٣ ، وأنظر حكما آخر فى الطعن رقم ١٦٩٨ س ٣ ق فى ذات التاريخ المحاماة ١٤ — ١ — ٥ — ٤) .

وقد ثبتت محكمة النقض على هذا الرأى ، وأكدته أخيرا فى حكم حديث بتاريخ ٣ يونيه ١٩٣٧ (مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ — ٣ — ٢٠٠) .

ولم نعثر على غير حكم واحد صادر من محكمة مصر الابتدائية أخذ بنظرية الخطأ الادارى والخطأ الشخصى تأسيسا على نظرية المخاطر أو تحمل التبعة (١٢ يونيه ١٩٢٨ مجلة كلية الحقوق ٢ ص ٩٨ ، مجموعة عياشى جـ ٢ نبذة ٣٤٦٩) .

غير أننا نلاحظ من جهة أخرى أنه مادامت الحكومة هى التى طلبت تطبيق نظرية الخطأ الادارى ، فقد لزمها العمل بهذه النظرية فى جميع الحالات التى تنطبق عليها ولو كان ذلك ليس من مصلحتها فى بعض تلك الحالات . والواقع من الأمر أن أقسام قضايا الحكومة كثيرا ما أخـذت بهذه النظرية فى فتاويها ، وعلى الأخص فيما يتعلق بحق الحـكومة فى الرجوع على الموظف بقيمة التعويض ، مع أنه ليس من مصلحتها فى هذه

الحالة تطبيق هذه النظرية اذا كان سبب الضرر مما يصح اعتباره خطأ اداريا ، اذ يترتب على ذلك امتناع رجوعها على الموظف .

ومادامت الحكومة قد اختارت لنفسها تطبيق هـذه النظرية بكل ما فيها من غنم ومن غرم ، وتمسكت بها أمام القضاء وطبقتها اداريا ، فليس من المعقول أن تغل يد المحاكم فى تطبيقها ، بل وجب عليها اصدار تشريع يجعل العمل بها واجبا قضاء ، والا اضطرت المحاكم الى التحرر من قيود قواعد القانون المدنى ومعاملة الحكومة بمـا اختارته لنفسها عملا . وقد أنذرت محكمة الاستئناف بذلك منذ سنة ١٩٢٩ ، وها هى قد شرعت فى حكمها الصادر هذا العام تعمل بما أنذرت ، بل ان حـكم محكمة النقض ذاته الذى أوردنا حيثياته انما استبعد تطبيق هذه النظرية بعد أن تبين أنها قد تؤدى الى آراء ومواقف ليس من مصلحة الطاعنة (وزارة الداخلية) ، ولا من مصلحة مصر فى حالتها الراهنة ، الأخذ بها ولا الجرى عليها ، وبعد أن قرر أن ليس فى ظروف الدعوى ما يستوجب تنكب القوانين المدنية الى ما عداها . وقد يفهم من ذلك أن محـكمة النقض لن تتأخر عن تطبيق هذه النظرية متى رأت أن ذلك قد أصبح من مصلحة مصر أو أن فى ظروف الدعوى ما يستوجبه .

نقض مدنى ، ٤ مارس سنة ١٩٤٨ فى الطعن رقم ٣٣ سنة ١٧ ق

١ ــ مسئولية مالك السفينة عن فقد أحد بحارتها . مدى مسئولية رب العمل اذا فعل ما من شأنه زيادة أخطار العمل عما هو وارد فى عقد الاستخدام .

ب ــ مسئولية . رابطة السببية بين الخطأ والضرر . تقدير قيامها موضوعى .

المبـدأ القـانونى :

١ ــ ليس لرب العمل أن يستقل بما من شأنه أن يزيد فى أخطار العمل الذى استخدم العامل لأدائه شأن هو فعل صح اعتباره مخلا بعقد

الاستخدام اخلالا يصلح أساسا لمسئوليته ، فاذا كان الثابت فى الحكم أن عقد استخدام ملاحى سفينة الطاعن لم يرد فيه ما يفيــد أنه معتزم تأجيرها لدولة محاربة ، وان هؤلاء الملاحين لم يحاطوا علما بهذا التأجير (عند حدوثه) وكان هذا التأجير من شــأنه طبيعة أن يزيد فى أخطــار عملهم ، فلا مخالفة للقانون اذا كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيــام الطاعن بهذا التأجير خطأ من جانبه فى حق عماله .

٢ — اذا كانت محكمة الموضوع رتبت على خطأ الطاعن مسئوليته عن فقد ملاحى سفينته على اعتبار أن هذا العقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فان رأيها فى ذلك انما هو رأى فى مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقض أن تراقبه .

اسـباب الحـكم

المحــــكمة

حيث ان حاصل ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيــه أنه اذ اعتبره مسئولا مدنيا عن فقد مورث المطعون عليهم أقام هذا الاعتبار — أولا — على أنه أخطأ اذ أجر الباخرة المصرية الى دولة محاربة فى وقت كانت فيه مصر دولة غير محاربة ، فعرض بعمله هذا رجال الباخرة لخطر لم يكونوا على بينة منه — ثانيا — على أن المــادة ٧٧ من قانون التجارة البحرى توجب الضمان « لكل من مرض من الملاحين فى أثناء السفر ، أو جرح ، أو قطع منه عضو سواء كان ذلك فى خدمة السفينة ، أو فى محاربة العدو أو اللصوص البحريين » ، وكان مقتضى القياس ايجاب الضمان من باب أولى فى حالة هذا الملاح . — ثالثا — على أن المادة ٨٠ من قانون التجارة البحرى تقضى بأنه « اذا قتل أحد البحريين فى أثناء دفع العدو أو اللصوص البحريين عن السفينة ووصلت بر السلامة فيستحق أجرته بتمامها عن جميع السفر أيا كانت كيفية التجارة . ويقول الطاعن ان بناء

الحكم على ما تقدم مخالف لقواعد المسئولية المدنية كما هو مخالف لأحكام قانون التجارة البحرى ، أما المخالفة الأولى فوجهها أن تأجير الباخرة ولو لدولة محاربة ليس خطأ فى ذاته فضلا عن أنه ليس هو السبب المباشر للغرق ، وأما المخالفة الأخرى فوجهها أن أحكام قانون التجارة البحرى انما هى استثناء من أحكام القانون المدنى وليس يصح التوسل بالقياس لتوسعة الاستثناء ، ثم ان القياس طريق من طرق استنباط الأحكام انما يصح فيما لم يرد فيه نص ، وفقد الملاح قد نصت على حكمه المادة ٨٠ فكان قياسه على غيره ممتنعا ، على أن هذه المادة اذ تحدثت عن قتل الملاح قد اشترطت أن يكون قتله قد وقع بسبب دفع العدو أو لصوص البحار عن السفينة ، وهى لم تجعل لورثة الملاح فى حالة تحقق هذا الشرط غير الحق فى أخذ أجرته اذا ما بلغت السفينة بر السلامة •

وحيث ان رب العمل ليس له أن يستقل بما من شأنه أن يزيد فى أخطار العمل الذى استخدم العامل لأدائه فان هو فعل صح اعتباره مخلا بعقد الاستخدام اخلالا يصلح أساسا لمسئوليته ، ولما كان الثابت فى الحكم أن عقد استخدام ملاحى سفينة الطاعن لم يرد فيه ما يفيد أنه معتزم تأجيرها لدولة محاربة وأن هؤلاء الملاحين لم يحاطوا علما بهذا التأجير وكان هذا التأجير من شأنه طبيعة أن يزيد فى أخطار عملهم فلا مخالفة للقانون اذا كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيام الطاعن بهذا التأجير فيه خطأ من جانبه فى حق عماله • هذا واذا كانت المحكمة المذكورة قد رتبت على هذا الخطأ مسئولية الطاعن عن فقد ملاحى السفينة على اعتبار أن هذا العقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فان رأيها فى ذلك انما هو رأى فى مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقض أن تراقبه •

وحيث انه متى استقام الحكم على أساس قواعد المسئولية العقدية كان ما ورد فيه خاصا بتطبيق أحكام قانون التجارة البحرى تزيدا وكان ما جاء فى الطعن منصبا عليه غير منتج •

(القضية رقم ٣٣ سنة ١٧ القضائية . الدائرة المدنية المشكلة برياسة محمد المفتى الجزايرلى بك ، وعضوية سليمان حافظ بك ، ومصطفى مرعى بك ، وأحمد حلمى بك ، وعبد الرحيم غنيم بك) .

تعليق (٥) : فى هذا الحكم ثلاث مسائل تسترعى النظر : الأولى مسئولية رب العمل مسئولية تعاقدية عما يصيب سلامة العامل فى بعض الأحوال ، والثانية اعتبار وصف الخطأ فى الفعل الضار مسألة قانونية يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض ، والثالثة اعتبار علاقة السببية بين الخطأ والضرر مسألة واقعية لا يخضع القاضى فى استنباطها لرقابة محكمة النقض .

١ — أما المسألة الأولى ، فتتصل بجدل كبير أثير — قبل صدور قوانين اصابات العمل فى فرنسا وفى مصر — حول مسئولية رب العمل . فقد كان تطبيق القواعد العامة على هذه المسئولية يقتضى ثبوت خطأ فى جانب رب العمل أدى الى اصابة العامل وكان يوجب على العامل أن يثبت وقوع الخطأ من رب العمل ، وكانت نتيجة ذلك عجز العامل فى غالب الأحوال عن الاثبات وحرمانه من التعويض باعتبار أن هذه الاصابات نتيجة للمخاطر الملازمة لطبيعة العمل وأن العامل قد قبل هذه المخاطر عند التحاقه بالعمل . فأثار ذلك شعور العدالة عند المحاكم والشراح ، فحاولوا انصاف العامل بشتى الطرق ، وأهمها الأخذ بالمسئولية الشيئية أو بنظرية مخاطر الحرفة ، والتوسع فى المسئولية التعاقدية باعتبار رب العمل ملتزما بضمان سلامة العامل طول مدة وجوده فى العمل (راجع كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٣٩ وما بعدها والنسخة الفرنسية منه ص ٣٣ وما بعدها) . غير أن فكرة المسئولية التعاقدية هذه لم تصادف نجاحا لدى المحاكم الفرنسية والبلجيكية ، ولم يأخذ بها

---

(٥) منشور فى مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثالثة ص ١٣٥ وما بعدها من قسم القضاء .

فى مصر غير حكم واحـــد (اللبان الجزئيـــة ٢١ فبراير ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ — ١٦٢ — ٩٣ المحاماة ٤ — ٦٦٨ — ٥٠٤) • وتغلبت فكرة القائلين بنظرية مخاطر الحرفة فأخذ بها المشرع الفرنسى فى قانون ١٨ ابريل ١٨٩٨ وما أدخل عليه من تعديلات الى أن استبدل به قانون ٣٠ أكتوبر ١٩٤٦ المعدل بقانون ١٠ سبتمبر ١٩٤٧ و ١٢ يناير ١٩٤٨ ، وأخذ به المشرع المصرى فى القانون رقم ٦٤ لســـنة ١٩٣٦ بشأن اصـــابات العمل • ومنـــذ ذلك الحين جرى القول بأن مســـئولية رب العمل ليست مسئولية تعاقدية ولا مسئولية تقصيرية ، وانما هى مسئولية قانونيـــة أى مفروضة على رب العمل بحكم القانون وبقطع النظر عن وقوع خطأ منه ، سواء كان ذلك الخطأ عقديا أو غير عقدى •

غير أنه يلاحـــظ أن المشرع اذ خفف بهـــذه القوانين من شروط مسئولية رب العمل قد وضع فى مقابل ذلك حدا للتعويض الذى يقضى به للعامل المصاب بموجب هـــذه المسئولية القانونية ، فقـــدر التعويض تقديرا جزافا يجعله دون التعويض الكامل الذى يستحق طبقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية أو المسئولية التعاقدية ، وحرم على العامل المصاب أن يتمسك بتلك القواعد العامة ليحصل على التعويض الكـــامل الا اذا استطاع أن يثبت وقوع خطأ فاحش من رب العمل (المادة ٦٧ من القانون الصادر فى فرنسا فى ٣٠ أكتوبر ١٩٤٦ والمـــادة الرابعة من القانون الصادر فى مصر برقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) •

والقضية التى صدر فيها الحكم محل هذا التعليق تتعلق بمسئولية صاحب السفينة عن فقد أحد عمالها أو ملاحيها • والأصل فى هذا النوع من الحوادث أن يسرى عليه القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ بشأن اصابات العمل حيث تنص المادة الأولى منه على أن عبارة المحال الصناعية التى يسرى عليها هذا القانون تشمل : « (د) نقل الركاب أو البضائع بطريق البر أو بالسكك الحديدية أو بطرق النقل البحرية أو النهرية أو الهوائية ، ويشمل ذلك شحن وتفريغ البضائع فى الأحواض والأرصـــفة والموانى ومخازن الاستيداع مع عدم الاخلال بالحقوق المقررة للبحارة بمقتضى

قانون التجارة البحرية » ، فكان يجوز لورثة العامل المفقود أن يحصلوا على التعويض الذى يقدره هذا القانون جزافا دون أن يكلفوا اثبات خطأ صاحب السفينة . ولكن يظهر أنهم لم يشاءوا أن يكتفوا بالتعويض الجزاف وطالبوا بالتعويض الكامل تأسيسا على نصوص قانون التجارة البحرية من جهة ، وعلى القواعد العامة فى المسئولية المدنية من جهة أخرى .

ويلاحظ فى شأن هذين الأساسين أن اولهما جائز الاستناد اليه بالرغم من انطباق القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ على هذه الحادثة لأن المادة الأولى فقرة من هذا القانون جعلت تطبيقه على عمال النقل البحرى مقيدا بعدم الاخلال بالحقوق المقررة للبحارة بمقتضى قانون التجارة البحرية . أما الاستناد الى القواعد العامة فى المسئولية المدنية فلا يجوز طبقا للمادة ٤ من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الا اذا كان الحادث قد نشأ عن خطأ فاحش من جانب رب العمل .

والظاهر أن محكمة الاستئناف بنت حكمها على كلا الأساسين ، وكانت تستطيع أن تكتفى بأولهما دون الثانى ، فكان الاستناد الى وقوع خطأ من صاحب السفينة فى نظرها حجة اضافية زائدة ، فلم تدقق فيها ، ولم تلاحظ فى شأنها حكم المادة الرابعة من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ .

أما محكمة النقض ، فبالعكس من ذلك بحثت الأساس الثانى قبل الأول واكتفت به ، فكان جديرا بها أن تلاحظ حكم المادة الرابعة من قانون اصابات العمل وأن تشترط من الناحية القانونية أن يكون خطأ صاحب السفينة خطأ فاحشا ، وما كان ذلك ليغير من الحكم فى الموضوع شيئا لأن وقائع الدعوى تسمح باعتبار الخطأ الذى وقع من صاحب السفينة بتأجير سفينته الى دولة محاربة مع علمه أن فى ذلك زيادة المخاطر التى يتعرض لها بحارته خطأ فاحشا .

بقى أن المحكمة وصفت هذا الخطأ بأنه اخلال بعقد الاستخدام يصلح أساسا لمسئولية صاحب السفينة ، أى أنها اعتبرت هذه المسئولية

مسئولية عقدية • وقد يبدو أول الأمر أن فى هذا القول رجوعا الى الفكرة القديمة التى نادى بها فريق كبير من الشراح قبل صدور قوانين اصابات العمل ، وتجاهلا لهذه القوانين التى جعلت مسئولية رب العمل مسئولية قانونية ليس مصدرها العقد ولا التقصير • غير أنه بامعان النظر فى هذه القوانين يتضح أن المسئولية القانونية التى فرضتها لا تجب المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية جبا ، بل تقتصر على تضييق مجال تطبيقها وقصره على الحوادث التى تكون ناشئة عن خطأ فاحش من رب العمل • سواء كان ذلك الخطأ عقديا أو غير عقدى • فاذا قالت محكمة النقض أن رب العمل اذا استقل بفعل ما من شأنه أن يزيد فى أخطار العمل الذى استخدم العامل لأدائه فانه يعتبر مخلا بعقد الاستخدام اخلالا يصلح أساسا لمسئوليته ، فقد أصابت الحقيقة بذلك • على أن يكون مفهوما أن هذا الاخلال اذا وقع فى حادثة مما يسرى عليه قانون اصابات العمل لا يجوز تطبيق قواعد المسئولية التعاقدية عليه الا اذا أمكن اعتباره خطأ فاحشا كما فى القضية موضوع الحكم محل هذا التعليق •

٢ — والمسألة الثانية التى تستخلص من هذا الحكم هى أن المحكمة العليا تعتبر تكييف الفعل الضار ووصفه بالخطأ مسألة قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض • فقد قالت المحكمة كلمتها فى شأن وصف ما وقع من رب السفينة ، وكان الطاعن قد تذرع بأن مجرد تأجير السفينة الى دولة محاربة لا يصح اعتباره فعلا خاطئا ، ورأت محكمة الاستئناف أن التأجير فى هذه الظروف يعتبر خطأ من حيث انه عمل استقل به صاحب السفينة وترتب عليه زيادة المخاطر الملازمة لطبيعة العمل الذى تعاقد العامل على أدائه ، وليس من حق أحد طرفى العقد أن ينفرد بفعل ما من شأنه زيادة أعباء الطرف الآخر • وقد راقبت محكمة النقض هذا التكييف وقالت أن لا مخالفة فيه للقانون •

ومن المهم فى هذه المسألة ابراز مذهب محكمة النقض هذا ، لأن فيه توكيدا لعدولها عما سبق أن قررته فى حكم ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٦ من

أن « قاضى الموضوع يستخلص المسئولية التقصيرية من جميع عناصر الدعوى من غير رقابة عليه فى ذلك » (القانون والاقتصاد ٦ ملحق العددين ٦ و ٧ ص ٢٤٤ ، مجموعة القواعد القانونية ١ — ١١٥٦ — ٣٧٦) • ولا شك فى أن المبادىء الصحيحة تقضى بعكس ذلك ، لأنه مادام الخطأ ركنا فى المسئولية ، فالفصل فى توافره أو عدم توافره يعتبر فصلا فى مسألة قانونية • وقد سبق لمحكمة النقض أن قررت « أن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب لتقديره ••• أما وصف دلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهو من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض » (نقض مدنى ١١ يناير ١٩٣٤ المحاماة ١٤ — ١ ٢١٩ — ١٢٢ مجلة القانون والاقتصاد ٤ ملحق العدد ٣ ص ٥٣ ، وأنظر نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٣٠ المحاماة ١١ — ٨١٢ — ٤١٧ ، نقض مدنى ٩ أبريل ١٩٣٦ مجلة القانون والاقتصاد ٦ ملحق العددين ٦ و ٧ ص ١٧٦ ، نقض مدنى ٢١ مايو ١٩٣٦ المرجع السابق ص ٢٣٢ ، نقض ١٦ ديسمبر ١٩٣٧ المحاماة ١٨ — ٥٩٩ — ٢٩٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٢١٤ — ٧٧ ، وقارن نقض ٣ مايو ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ — ١١ — ٤) •

٣ — ومن عجب أن محكمة النقض ، مع أخذها بهذا المذهب فيما يتعلق بتقدير توافر الخطأ أو عدمه ، ذهبت الى عكسه فيما يتعلق باستخلاص رابطة السببية بين الخطأ والضرر ، فقررت أنه « اذا كانت محكمة الموضوع رتبت على خطأ الطاعن مسئوليته عن فقد ملاحى سفينته على اعتبار أن هذا الفقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فان رأيها انما هو رأى فى مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقض أن تراقبه » •

ويلاحظ على ذلك أن السببية ركن فى المسئولية كالخطأ سواء بسواء ، وأن تقدير توافرها أو عدمه مسألة قانونية يترتب عليها الحكم بالمسئولية أو بعدمها ، فيجب أن يخضع قاضى الموضوع فى استنباطه رابطة السببية من وقائع الدعوى لرقابة محكمة النقض كما يخضع لها

فى استخلاص وصف الخطأ من الوقائع • وقد سبق لمحكمتنا العليا أن قضت بذلك حيث قررت أن « ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشىء ارتباط المسبب بالسبب والمعلول بالعلة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، هما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض » (نقض ١١ يناير ١٩٣٤ السابق الاشارة اليه ، وأنظر أيضا نقض ٩ أبريل ١٩٣٦ السابق الاشارة اليه كذلك ، ونقض ٣ فبراير ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٢٤٥ — ٨٧ والأحكام الأخرى المشار اليها فى نهاية النبذة السابقة) (٥ مكرر) •

مسئولية الدولة عن الأضرار الناتجة من الأعمال الواقية من خطر الفيضان (٦) : فى سنة ١٩٣٤ كان فيضان النيل عاليا جدا وخارقا للعادة الى درجة كانت تنذر بالخطر الشديد على البلاد ، وكان لبعض الملاك فى كفر الزيات أطيان تقع بين جسر النيل القديم وجسره الجديد • ولما كان الجسر ضعيفا ويخشى عليه من القطع فى كل لحظة بفعل تيارات المياه الشديدة وبحكم تركه واهماله ، وكان يترتب على قطع هذا الجسر فجأة اندفاع المياه بشدة نحو الجسر الجديد ثم قطعه مما يؤدى الى حدوث غرق عام ، لجأت مصلحة الرى الى وسيلة تتفادى بها هذا الخطر بأن قطعت الجسر القديم الملاصق للمياه بطريقة فنية لتدخل المياه رويدا رويدا وتغمر أرض أولئك الملاك ثم تتصل بالجسر الجديد فيتشبع بها ويتحمل مقاومة المياه ويؤدى الحماية اللازمة ، رفع هؤلاء الملاك الدعوى على مصلحة الرى بطلب التعويض عن غرق أطيانهم ، ودفعت المصلحة الدعوى بأن لها حقوق ارتفاق على تلك الأطيان مستندة فى ذلك الى المادة ١٠ من القانون المدنى ، واعترفت بأنها قطعت الجسر لأنه كان يخشى عليه من القطع ولم تقل أن قطعه بفعل الطبيعة كان محتما وأن

(٥ مكرر) أنظر أحكام القضاء اللاحقة لذلك فى كتابنا فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية سنة ١٩٧١ نبذة ١٦٧ ص ٤٦٢ •

(٦) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة نوفمبر ١٩٣٧ ص ١٠٣٣ •

أرض المدعين كان لابد من غرقها بدون تدخل منها •

فقررت محكمة الاستئناف فى ٧ مارس ١٩٣٧ (المحاماة ١٧ — ١١٨٥ — ٥٩٣) أنه لا محل لتمسك وزارة الأشغال بالمادة العاشرة من القانون المدنى عن الأعمال الخاصة بالوقاية من الفيضان ، فذكر فى المادة الرابعة منـــه أن الأعمال الواقيـــة من الفيضان وتشمل أعمـــال الجسور والرؤوس والصلايب والطراريد وغيرها من الأعمال التى يراد بها وقاية الأراضى والبلاد من طغيان المياه تعد عمومية ، ولذلك فالحكومة مكلفـــة بها جميعـــا وملزمة بمصاريفها • وحكمت المحكمة بأن الأعمـــال التى أجرتها الحكومة من قطع جسر النيل وتصريف المياه بأرض المدعين انما هى من أعمال الوقاية من غائلة الفيضان فتكون الحكومة مســـئولة عن تعويض الضرر الناشىء عنها طبقا للمادة الرابعة المشار اليها ، واستندت فوق ما تقدم الى أن تصريف المياه فى أطيان المستأنفين على الصـــورة المتقدمة انمـــا هو بمثـــابة استيلاء مؤقت على أرضهم أملته الضرورة للمنفعة العمومية يستحقون عليه تعويضا طبقا للمادة ٢٢ من القـــانون الخاص بنزع الملكية للمنافع العمومية رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ • ويلاحـــظ على هـــذا الحكم أنه لم يبين المســـئولية عن خطأ وقع من المصلحة فى قطعها الجسر القديم واغراق أطيان المدعين وانما هو استند الى قوانين خاصة تلزم الدولة بتعويض الأضرار التى تلحق الأفراد من جراء أعمال تقوم بها لمنفعة المجموع ، وحتى لا ينتفع المجموع على حساب الفـــرد بل يتساوى الجميع أمام تكاليف المجتمع تمشيا مع التطور العـــام فى البلاد المتمدينة •

مسئولية مالك البناء (٦) : لم ينقل المشرع المصرى نص المـــادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى الخاصة بمسئولية مالك البنـــاء ، فاختلف الشراح والمحاكم فى مصر ، فقال فريق بتطبيق القواعد العامة فى هذه الحالة ، ورأى فريق آخر امكان جعل مسئولية المالك مفترضة بحكم القـــانون .

---

(٦) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، نوفمبـــر ١٩٣٧ ، ص ١٠٣٣ •

وزاد المسألة تعقيدا أن الشراح فى فرنسا منقسمون فيما يتعلق بأساس هذه المسئولية وبما يجوز أن تدفع به (راجع فى أوجه الخلاف المذكورة سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنيـة ص ٢٧ وما بعـدها و ص ١٤٢ وما بعدها وباللغـة الفرنسية ص ٢٤ و ص ١٤١) • وقـد رأت محكمة مصر الكلية فى حكمهـا الصـادر بتاريخ ١٤ فبراير ١٩٣٢ (المحاماة ١٦ — ٦٠٩ — ٢٦٦) ، بعـد عرض أوجه الخلاف كلها هنـا وهناك ، أنه لا يسعها ازاء هذا الخلاف وعدم استقرار الرأى فى مصر وفى فرنسا ، الا أن تأخذ بالقواعد العادية خصوصا وان هـذا النص (نص المادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى) تعتبره هـذه المحكمة غير متفق مع قواعد المسئولية الأساسية ، ولولا ذلك لمـا احتاج الشارع الفرنسى للنص عليه خاصة (٧) •

---

(٧) ننقل هنا اسباب هذا الحكم التى تعرضت لاوجه الخلاف فى فرنسا وفى مصر ، (ونحن نرى أنه يعوزها شىء من الدقة فى عرض الاراء المتعلقة بالقانون الفرنسى) •

« وبما أن نص المادة ١٣٨٦ من القانون الفرنسى يقرر بأن مالك المبانى مسئول عن الاضرار الناشئة عن تهدم المبانى ، ذلك التهدم الناشىء عن عدم الصيانة أو لعيب بالمبانى •

« وحيث ان الفقه والقضاء الفرنسيين مختلفان فى تفسير هذا النص ، فبعضهم يقول بأنه يؤخذ من هذا النص أن ليس لمالك العقار أن يفلت من المسئولية المقررة فيه ، ويعتبر التقصير مفروضا وجوده قبـله ، ولا يباح له مطلقا اقامة الدليل بالعكس (راجع حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية ٩ ابريل ١٨٩٧ دالوز ٨٨ — ١ — ٢٧ ، لوران ج ٢٠ نبذة ٦٤٢ ، وأيضا جوسران ص ٨١ ، وسوردا ج ٢ نبذة ٣٥٣) ، والبعض الاخر ، ومنهم معظم علماء القانون ودائرة الالتمـاس بمحكمة النقض الفرنسـية ، يقولون بأن اساس المسئولية فى المادة ١٣٨٦ هو التقصير ، وأن هذه المادة ما هى الا تطبيق للقواعد الواردة فى المواد ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القانون الفرنسى ، وأنه يجب أن يقوم الدليل على توفر الخطأ من جانب المالك (!) • وأن هذه المـادة لم تات خلافا للقواعد الاساسية الا بافتراضها الخطأ افتراضا (!) ، وليس على طالب التعويض الا اقامة الدليل على أن المالك لم يصن أملاكه (؟) أو أن هناك عيبا بالبناء • والفرق بين الرأيين واضح ، فانه على الرأى الاول لا يمكن المالك أن يفلت من المسئولية ، وأما على الرأى الثانى فللمالك الحق فى أن يقيم الدليل على انه ليس هنـاك أى خطأ من جانبـه (؟) ، ولا يكون لطالب التعويض الا حق توجيه مطالبه لمن كان هو السبب المباشر فى حصول الضرر بخطئه (راجع لوران جزء ٣٠ نبذة ٦٣٩ ، هيك جزء ٨ نبذة ٤٣٩ ، بودرى لاكانتيزى جزء ٢ نبذة ١٣٥١ ، بلانيول جزء ٢ نبذة ٢٦٩ ، أوبرى ورو جزء ٤ نبذة ٤٤٦)

=

والواقع أن الخلاف فى فرنسا لم يتناول مبدأ المسئولية المفترضة على المالك بحكم القانون ، لوجود النص عندهم ، بل اقتصر على تعيين أساس هذه المسئولية ، أهو الملكية فى ذاتها أم هو واجب المالك فى رعاية بنائه وصيانته ؟ والرأى الغالب أن هذه المسئولية تقع على عاتق المالك ولو لم يكن البناء فى رعايته ، أو كان العيب فى تشييده أو التقصير فى صيانته راجعا الى أحد الملاك السابقين (نقض فرنسى مدنى ١٩ أبريل ١٨٨٧ دالوز ١٨٨٨ — ١ — ٢٧ ، هيك جـ ٨ رقم ٤٥٤ ، مازو نبذة ١٠٣٢ والشراح المذكورين فيها) • وظهر أثر هذا الخلاف أيضا فيما يجوز أن تدفع به هذه المسئولية ، فرأى بعض الشراح أن هذه المسئولية لا يجوز دفعها بأى سبب كان (أنظر لالو نبذة ٥٤٧ ، كولان وكابيتان جـ ٢ الطبعة السابعة ص ٢٠٦) • ولكن المحاكم أجازت دفعها فى بعض الأحوال ، ويستنبط من مجموع أحكامها أن هذه المسئولية تسقط عن المالك اذا كان عدم صيانة البناء نتيجة خطأ من المجنى عليه أو حادث فجائى ، أما اذا كان عدم الصيانة أو عيب البناء اشترك مع خطأ المجنى عليه أو مع الحادث الفجائى فى احداث الضرر ، فحينئذ يكون لتهدم البناء سببان ، وتوزع المسئولية بينهما اذا كان السبب الثانى خطأ المجنى عليه ، أما ان كان القوة القاهرة فتبقى المسئولية كاملة على عاتق المالك (راجع هذه الأحكام فى كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٤٧ وباللغة الفرنسية ص ١٤٥) •

أما فى مصر فالخلاف على أصل تطبيق المسئولية المفترضة بحكم

= « وبما أن الفقهاء المصريين قد اختلفوا فيما بينهم ، فالاستاذ عبد السلام بك ذهنى يرى وجوب الاخذ بنص المادة ١٣٨٦ باعتبار أنها تقر مبدأ قانونيا ساميا يتفق مع الضرورات الاجتماعية ، وذلك باعتبار ان هذه المادة مؤيدة لنظرية المسئولية الشيئية ، ويرى المسيو دى هلتس ان يرجع فى تقدير المسئولية فى هذه الحالة الى العدالة (يراجع كتابه جـ ٤ نبذة ١٤٣ وكتاب الاستاذ عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات ص ٧٧٧) .

« وحيث انه ازاء هذا الخلاف وعدم استقرار الرأى فى مصر او فى فرنسا ، لا يسع هذه المحكمة الا ان تأخذ بالقواعد العادية خصوصا وان هذا النص تعتبره هذه المحكمة غير متفق مع قواعد المسئولية الاساسية . ولولا ذلك لما احتاج الشارع الفرنسى للنص عليه خاصة (راجع مذكرات الاستاذ والتون فى المسئولية ص ١١١) » .

القانون ، فالمعارضون لذلك يستندون الى خلو القانون المصرى من نص مقابل للمادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى ، والمؤيدون يرون أن المشرع المصرى انما نقل فى ايجاز أحكام المـواد ١٣٨٢ الى ١٣٨٦ فرنسى وضمنهـا المواد ١٥١ أهلى و ٢١٢ مختلط وما بعدهما ، ولم يقصد بهذا الايجاز أن يحيد عن الأحكام التى قررتها تلك المواد • وقد أخذت بكل من الرأيين أحكام عدة ، واستمر الخلاف منذ انشاء محاكمنا المختلطة والأهلية الى الآن • وقد يبدو عجيبا أن يستمر طوال هذه المدة ، ولكن بالتأمل يتضح أن استمراره راجع الى أنه ليس للفـرق بين النظـريتين أثر عملى فى التطبيق ، اذ أن الأحكام التى اعتبرت هذه المسئولية مفترضة بحـكم القـانون جعلت أساسها افتراض الخطأ فى رعاية البنـاء وليس مجرد الملكية كما فى القانون الفرنسى ، فاذا عجز المالك عن اسناد عدم الصيانة أو عيب البناء الى خطأ أحد الملاك السابقين أو الى شخص يكون قـد وضع البناء تحت رعايته ، فانه يبقى مسئولا بغير حاجة بالمحكمة الى الاستناد الى قرينة قانونية غير منصوص عليها فى تشريعنا ، اذ يمـكن استنباط خطئه من واقعة عيب البناء أو عدم صيانته عن طريق قرائن الأحوال • أما ان استطاع المالك اسناد عدم الصيانة أو عيب البنـاء الى شخص آخر فلا تكون للقرينة القانونية أية فائدة اذ يتحتم سقوطها عند اقامة الدليل على خطأ أحد الملاك السابقين أو يجب انتقالها الى عاتق من يكون المالك وضع البناء تحت رعايته ، وذلك بخلاف الحال فى القانون الفرنسى حيث تلازم هذه المسئولية المالك بصفته مالكا •

يتضح اذن من ذلك أن المحاكم المصرية ، سواء اعتبرت مسـئولية مالك البناء مفترضة بحكم القانون أم اعتبرتها خاضعة للقواعد العامة ، بعيدة كل البعد عن اتباع حكم المـادة ١٣٨٦ فرنسى كما طبقها القضاء فى فرنسا ، وأنها اذا أرادت أن تصل الى جعل مالك البناء أو حارسه مسئولا ، أمكنها ذلك عن طريق أى من الرأيين ووصلت فى كلتا الحالتين الى نتائج عملية واحدة (٨) •

---

(٨) انظر حكم التقنين المدنى الجديد فى هذا الشأن فى مؤلفنا المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية الطبعة الاولى سنة ١٩٦٠ الجـزء الثانى ص ١٥٢ •

ثالثا — متنوعات فى المسئولية المدنيــة

(أ) المسئولية عن الفعل الضار فى التقنين المدنى الجديد •

(ب) نظرية دفع المسئولية المدنية (ترجمة مقــال نشر فى مجلة :

L, Egypte Judiciare السنة الخامسة العدد ١٥٨ بتاريخ ٢٤ مايو ١٩٣٦ متضمنا ملخص رسالتنا المقدمة للحصول على درجة الدكتوراة فى سنة ١٩٣٦ مع تقديم للرسالة المذكورة بقلم الأستاذ ليون مازو •

المسئولية عن الفعل الضار فى التقنين المدنى الجديد

(مقالان فى الأحكام العامة للمسئولية المدنية

والأحكام الخاصة بالمسئولية عن فعل الغير وعن فعل الأشياء) (*)

كان التقنين المدنى الملغى فى غاية الاقتضاب فيما يتعلق بالمسئولية المدنيـــة ، فلم يورد فى شأنها سوى ثلاثة نصوص موجزة (م ١٥١ — ١٥٣) ركز فيها أشد التركيز أحكام خمس من مواد التقنين الفرنسى هى كل ما تضمنه ذلك التقنين فى هذا الشأن (م ١٣٨٢ — ١٣٨٦) •

وكان أن اتسعت منذ صدور التقنين المدنى الملغى دائرة المسئولية المدنية اتساعا كبيرا وتعددت قضاياها وتشعبت موضوعاتها ، سواء أكان ذلك فى فرنسا أم فى مصر • وقد أظهر ذلك قصور التقنين الفرنسى فى هذا الشأن ، وأبرز من باب أولى عيب الاقتضاب المخــل فى التقنين المصرى الملغى •

وقد حاول الفقه فى كلا البلدين أن يسد النقص ، فتعددت نظرياته وتنوعت ، وظهرت فيهــا نزعتان رئيسيتان : نزعة المذاهب الشخصية ونزعة المذاهب المادية ، الأولى تنظر الى المسئولية المدنية من ناحيـــة شخص الفاعل وتوافر أسباب ادانته أو عدم توافرها ، والثانية من ناحية الضرر الذى أصاب الغير وضرورة تعويضه وهى تتجاوز عن شرط الخطأ وتكتفى بتسبب الفــاعل فى حصول الضرر • وقــد تفرعت على هاتين النزعتين نظريات متعددة ، كان بعضها يهدف الى توسيع دائرة المسئولية فى المذاهب الشخصية ، وبعض آخر يرمى الى وضع حدود للمسئولية التى تقول بها المذاهب المادية •

(*) منشوران فى مجلة التشريع والقضاء ١٩٤٩ — العدد ١٥ — الفقه ص ٩ وما بعدها و ص ١٥ وما بعدها .

وكانت مهمة القضاء فى هذه الظروف شاقة ، ولكنه اضطلع بهـا على أكمل وجه ، اذ اجتهد فى تقرير الكثير من المبادىء والأحكام ، ولكن فى الحدود التى رسمها المشرع للمسئولية المدنيـة على أساس النظرية التقليدية • وكثيرا ما ضاق بهذه الحدود وحاول الخروج عليها أو أعرب على الأقل عن أمله فى أن يتدخل المشرع ليوسع منها •

وقد تكونت من مجموعة أحكام المحاكم المصرية ثروة قانونية قيمة كان لزاما على المشرع الحديث أن يتخذها أساسا لوضع أحكام المسئولية المدنية فى التقنين المدنى الجديد •

وقد نص هذا التقنين على أحكام المسئولية المدنية فى الكتاب الأول منه الخاص بالالتزامات ، وخصص لها الفصل الثـالث من الباب الأول الخاص بمصادر الالتزامات ، وتنقسم هـذه الأحكام الى أحكام عامة تعتبر هى الأصل فى المسئولية ما لم يوجد نص يخالفها (م ١٦٣ — ١٧٢)• وأحكام خاصة تعتبر استثناء من الأولى وهى تتعلق بالمسئولية عن عمل الغير (م ١٧٣ — ١٨٥)، وبالمسئولية النـاشئة عن الأشياء (م ١٧٦ — ١٧٨) •

وسنعرض فى هذا البحث للأحكام العامة فى المسئولية المدنية ونفرد البحث التالى للأحكام الخاصة •

— ١ —

الأحكام العامة فى المسئولية المدنية

اولا — اركان المسـئولية :

استهل المشرع الأحكام العامة فى المسئولية المدنية بتقرير القاعدة الأساسية فى هذا الموضوع ، فنص فى المـادة ١٦٣ على أن « كل خطأ

سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » فأبرز فى هـذه العبارة الموجزة ثلاثة أركان المسئولية وهى الخطأ والضرر والسببية ، وما يترتب على توافرها من التزام بالتعويض •

١ ــ الخطــأ :

وظاهر أن المشرع التزم فى ذلك النظرية التقليـدية التى تجعـل أساس المسئولية المدنية الخطأ ، ولم يتأثر بالنظـريات المادية فوجب مراعاة ذلك فى تفسير هذه الأحكام •

وقد تحاشى المشرع فى التقنين الجـديد كما فى التقنين الملغى أن يعرف الخطأ تاركا ذلك الى المحاكم والشراح • وقـد عرفت المحـاكم المصرية الخطأ بأنه عدم الوفاء بالتزام أوجبه القـانون • وأهم هـذه الالتزامات الالتزام العام بالاحتياط لعدم الاضرار بالغير (٨) •

ومتى ثبت وجود الواجب القانونى كان كل اخلال به خطأ يستوجب المسئولية ، سواء اتخـذ ذلك الاخلال صورة القيـام بعمل ممنوع أو الامتناع عن عمل واجب ، وسواء حصل عن عمد أو عن اهمال • وقـد نص المشرع على صورة مستحدثة من صور الخطأ ، هى الخطأ باستعمال الحق استعمالا غير مشـروع abus de drait ، ولكنه لم ينص عليها فى الفصل الخاص بالعمل غير المشروع بل فى الباب التمهيدى الذى صدر به التقنين الجديد (المادة الخامسة من التقنين) لأنه رأى فى نظـرية اساءة استعمال الحق من معنى العموم ما يجعلهـا تنبسط على جميـع نواحى القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع •

ولمـا كان القانون لا يتوجه بالخطاب الا الى شخص مميز يستطيع أن يفهم أوامره وأن يقوم بتنفيذها ، كان تكليف أى شخص بواجب أو

---

(٨) أنظر فى اعتبار الالتزامات التى يعد الاخلال بها خطأ مذكراتنا فى الفعل الضار سنة ١٩٤٨ ص ٣١ نبذة ٢٨ وما بعدها ، وراجع ما تقدم فى ص ٩ وما بعدها .

التزام قانونى يفرض عليه سلوكا شخصيا معينا يفترض فى هذا الشخص توافر التمييز ، ولما كانت النظرية التقليدية تجعل الخطأ أساس المسئولية، تعين أن تشترط فى المسئول توافر التمييز ، لأنه لا خطأ دون التزام سابق ، ولا التزام دون تمييز • ولذلك قضت المحاكم عندنا بأن جنون المتهم يرفع المسئولية الجنائية وينفى عنه المسئولية المدنية •

وبناء على ذلك اذا وقع الفعل الضار من شخص وهو قاصر غير مميز أو مجنون أو سكران فاقد الوعى ، فلا مسئولية على ذلك الشخص الا اذا كان جنونه أو فقده الوعى راجعا الى خطأ منه •

غير أن المشرع رأى أن الأخذ فى هذا الشأن بالنظرية التقليدية على اطلاقها يجافى العدالة فى حالة عديم التمييز طائل الثراء اذا ألحق بالغير ضررا بالغا (قتل عائله مثلا) ، فقرر فى هذه الحالة نوعا من المسئولية المدنية يجوز أن يلجأ اليه بصفة احتياطية اذ نص فى المادة ١٦٤ فقرة ثانية على أنه « ••• اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم » • ويلاحظ فى هذه المسئولية شذوذها من حيث انها أولا مسئولية لا تقوم على أساس الخطأ ، وثانيا مسئولية احتياطية لا يمكن قيامها الا اذا لم يوجد شخص مسئول عن عديم التمييز أو وجد وتعذر الحصول منه على التعويض لاعساره ، وثالثا مسئولية جوازية أى أن للقاضى أن يأخذ بها أو أن لا يأخذ ، ورابعا مسئولية مخففة أى أنه لا يترتب عليها حتما الحكم بتعويض كل الضرر كما فى أحوال المسئولية الأخرى ، بل يصح أن يقتصر التعويض فيها على القدر الذى يراه القاضى كافيا لارضاء العدالة مع مراعاة مركز الخصوم ، كدرجة يسار المسئول ومقدار تأثر المصاب بما لحقه من ضرر ودرجة حاجته الى التعويض ••• الخ •

انتفـــاء الخطـــأ :

وبعد أن قرر المشرع تأسيس المسئولية بوجه عام على الخطأ ، نص على بعض أسباب تزيل صفة الخطأ عن الفعل الضار الذى يعتبر فى أصله خطـــأ ، تلك هى الـــدفاع الشرعى (م ١٦٦) ، وتنفيـــذ أمر الرئيس (م ١٦٧)، والضرورة (م ١٦٨) • وقد قنن المشرع بذلك ما جرت به أحكام المحاكم فى هذا الشأن تفريعا على النظرية التقليدية فى المسئولية المدنية ومراعاة للمواءمة بين هذه المسئولية والمسئولية الجنائية •

ويلاحظ أن نص التقنين الجديد على هذه الأسباب الثلاثة لا يستنفد كل أسباب الاباحة ولا يمنع من وجود غيرها ، وانما خص المشرع هذه الأسباب الثلاثة بالنص لأنه وجد فيها خفاء ، أو أراد أن يحسم بشأنها نزاعا ، أو أن يرتب عليها حكما خاصا •

فالدفاع الشرعى يعتبر بالشروط المقررة فى قانون العقوبات (م ٢٤٥ وما بعدها) حقا للمعتدى عليه • واستعمال هذا الحق فى حدوده لا يعتبر خطأ ولا تترتب عليه مسئولية ولو نشأ عنه ضرر للمعتدى • غير أنه يشترط فى ذلك ألا يجاوز الشخص فى دفاعه القـــدر الضرورى لدفع الاعتداء ، والا اعتبر مجاوزا حدود حقه ومرتكبا خطأ يستوجب مسئوليته ، ولكن المشرع رأى أن يخفف المسئولية فى هذه الحالة فنص فى المادة ١٦٦ على أن من جاوز حدود الدفاع الشرعى يصبح « ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العـــدالة » • والمقصـــود بذلك تخفيف المسئولية لا بمراعاة مركز الخصوم كمـــا فى الحالة التى نصت عليهـــا المادة ١٦٤ فقرة ثانية ، ولكن باعتبار أن خطأ من جاوز حدود الـــدفاع الشرعى لم يكن ليقع منه لولا خطأ المعتدى الأصلى فى اعتدائه ، أى باعتبار الضرر الذى أصاب المعتدى عليه نتيجة لوقوع خطأ من كل من الطرفين ، وهى الحالة المصـــطلح على تسميتها بحالة الخطأ المشـــترك (أنظر فى هذا المعنى المذكرة الايضاحية ٢ ص ١٨٦) •

ويلاحظ أنه بالرغم من قصر المادة ١٦٦ على حـــالة استعمال حق

الدفاع الشرعى ، فان حكمها من حيث الاباحة ورفع وصف الخطأ عن الفعل الضار ينطبق على استعمال أى حق آخر مقرر بمقتضى القانون ، لأن الفعل متى كان استعمالا مشروعا لحق معين فلا يعتبر خطأ ولو نشأ عنه ضرر للغير . وقد نصت المادة ٦٠ ع على أنه « لا تسرى أحكام هذا القانون على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة dans l, exercice d, un droit reconnu par la loi أى أن كل فعل مما يقع أصلا تحت طائلة قانون العقوبات يصبح غير معاقب عليه اذا وقع استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون كحق الزوج فى تأديب زوجته وحق الولى فى تأديب من فى ولايته وحق الصيدلى والطبيب فى حيازة المواد المخدرة وحق المالك الذى يهدم حائطا أو حدا أقامه آخر على أرضه دون حق . فاذا كان استعمال الحق يرفع عن الفعل صفة الجريمة الجنائية ، فهو ينفى صفة الخطأ المدنى أولى . وبناء على ذلك لا يسأل الزوج ولا الولى عن الضرب الذى يقع منهما استعمالا لحق التأديب مادام لم يجاوز حدود هذا الحق ، ويسألان عنه اذا جاوز هذه الحدود .

والسبب الثانى من أسباب الاباحة التى نص عليها التقنين الجديد قد ورد مقصورا على الموظف العام اذا ارتكب أمرا أضر بالغير ، وكان ذلك تنفيذا لأمر صدر اليه من رئيس ، سواء كان ذلك الرئيس رئيسه المباشر أو غير المباشر ، ففى هذه الحالة ينتفى وصف الخطأ عن الفعل الضار الذى وقع من الموظف اذا توافرت فيه الشروط الآتية : (١) أن يكون الأمر الصادر من الرئيس الى الموظف واجب الطاعة أو يعتقد الموظف أنه واجب الطاعة ، (٢) أن يثبت الموظف أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة ، (٣) أن يثبت الموظف أنه راعى فى عمله جانب الحيطة (م ١٦٧) .

ويلاحظ أن هذا النص يقابل المادة ٦٣ ع . وأن أساس الاباحة فيه أن الموظف يقوم بتنفيذ أمر واجب عليه تنفيذه أو يعتقد عن حسن نية وفى تبصر أنه واجب عليه . وقد أهمل المشرع فى التقنين المدنى

النص على حالة أخرى وردت فى المادة ٦٣ ع هى حالة ارتكاب الموظف الفعل الضار تنفيذا للقانون مباشرة أى دون أن يتلقى أمرا من رئيس كوكيل النيابة اذا ألقى القبض على متهم (١) ، ولا نزاع فى أن الموظف فى هذه الحالة يقوم بواجبه ولا يمكن أن يعتبر القيام بالواجب خطأ .

ويتضح من ذلك أن ما ينفى عن فعل الموظف صفة الخطأ انما هو قيامه بهذا الفعل باعتباره واجبا عليه . ومادام الأمر كذلك ، فلماذا يختص الموظف العام بهذه الاباحة دون غيره ؟ أليس ينتفع بها مثلا كل فرد شاهد ارتكاب جناية فقام بما تفرضه عليه المادة ٧ تح.ج.من واجب القاء القبض على الجانى ؟ لذلك نستطيع أن نقرر بصفة عامة أن القانون يرفع وصف الخطأ عن الفعل الضار كلما وقع هذا الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون أو قياما بواجب قانونى ، وأن كلا من المادتين ١٦٦ و ١٦٧ مدنى جديد لا تعدو أن تكون تطبيقا لهذا المبدأ فى حالة معينة .

أما حالة الضرورة ، فقد نصت عليها المادة ١٦٨ مدنى جديد بقولها « ان من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره لايكون ملزما الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا » ، كما نصت المادة ٦١ ع على أن لا عقاب على من ارتكب جريمة تحت تأثير الضرورة . وقد اختلف شراح قانون العقوبات فى تعليل الاعفاء من العقاب فى هذه الحالة . أما فقهاء القانون المدنى ، فقد أجمعوا على أن أى شخص عادى لابد أن يعتبر أنه يجب عليه أن يتفادى ضررا كبيرا محدقا به أو بغيره باحداث ضرر أقل ، فكل شخص يفعل ذلك تحت تأثير الضرورة لا يكون مخطئا ولا يسأل عن الفعل الضار (مصطفى مرعى بك نبذة ٦٢ ، مازو نبذة ٤٩٤) . والظاهر أن محكمة النقض قد ذهبت هذا المذهب أيضا ، ويستدل على ذلك بطريق مفهوم المخالفة من حكم أصدرته فى ١٧ نوفمبر ١٩٤١ (المحاماة ٢٢ — ٤٦٨ — ١٥٨) قالت فيه « انه اذا كان الفعل

---

(١) نقض جنائى أول فبراير ١٩٣٧ احاماة ١٧ — ٩٦٤ — ٤٨٨ .

المرتكب فى حالة الضرورة لا يتناسب بحال مع ما قصد تفاديه ، بل كان بالبداهة أهم منه شأنا وأجل خطرا وأكبر قيمـة ، فان التعويض يكون واجبا اذا ما لحق الغير ضرر ، وذلك على أساس توافر الخطأ فى الموازنة وقت قيـام حالة الضرورة بين الضررين لارتكاب أخفهمـا » • على أن الشراح أضافوا الى ذلك أن انتفاء الخطأ بالضرورة لا ينفى أن الشخص قد أفاد من الضرر الذى أحدثه بالغير أنه توقى الضرر الذى كان يهدده هو ، فيجب عليه أن يعوض الغير طبقا لقواعد الاثراء دون سبب • فاذا كان الفعل الضار قد ارتكب وقاية للغير ، وجب التعويض على هذا الغير وفقا لهذه القواعد (مازو نبذة ٤٩٤) •

غير أن المشرع لم يأخذ فيما نص عليه فى المادة ١٦٨ بأى من هذه الآراء ، فلا هو أخذ برفع المسئولية عن محدث الضرر رفعا تاما ، ولا هو اكتفى بالزامه اذا توافرت فيه شروط الاثراء دون سبب ، بل نص على الزامه فى جميع الأحوال « بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا » ، وقال فى المذكرة الايضاحية انه قصد بذلك تخفيف المسئولية فى هـذه الصورة عوضا عن الابقاء عليها أو نفيها فى جملتها ، وهذا دون اخـلال بالتزام الغير الذى وقع وقاية له وفقا لقواعد الاثراء بلا سبب •

ويبدو من ذلك أن المشرع قد خرج فى هذه الحالة أيضا على النظرية التقليدية لأنه استبقى الالتزام بالتعويض فى حالة لا خطأ فيها ، وأنه لذلك جعل تقدير التعويض مطلقا فى يد القاضى يحكم فيه بما يراه مناسبا للظروف دون تقيد بالقواعد المقررة فى تقدير التعويض • وأغلب الظن أن القاضى لن يرى حاجة الى الحكم بهذا التعويض ، كلما أمكنه تطبيق قواعد الاثراء دون سبب •

٢ — الضـــرر :

اكتفى المشرع بذكر الضرر فى النص الذى ضمنه القاعدة العـامة (م ١٦٣) ، ولا نزاع فى ضرورة توافر الضرر لقيام المسئولية بل اننا نرى أن المدعى بالتعويض يجب أن يثبت الضرر الذى أصابه قبل أى

ركن آخر من أركان المسئولية (راجع تعليقنا فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٩ وفيما تقدم ص ١٧١) ، ويستوى فى ذلك أن يكون الضرر خسارة لحقت المدعى أو كسبا فاته (م ٢٢١) ، ويجوز أن يكون الضرر ماديا أو أن يكون أدبيا • غير أنه فى هذه الحالة الأخيرة لا يجوز أن ينتقل الحق فى التعويض الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء (المادة ٢٢٢ فقرة أولى) (١٠) ، على أن الألم النفسانى الذى يصيب أقارب المجنى عليه من جراء موته لا يخول الحق فى التعويض الا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية (م ٢٢٢ فقرة ثانية) •

٣ — السببية :

اشترط المشرع أن يكون الخطأ قد سبب ضررا للغير (م ١٦٣) ، والاجماع من قديم على أن هذه السببية يجب أن تكون مباشرة ، ولكن الصعوبة كانت دائما فى تعيين ما يعتبر نتيجة مباشرة للخطأ ، فخطا التقنين الجديد خطوة موفقة اذ اشترط أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ ، وقرر أن الضرر يعتبر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (م ٢٢١ فقرة أولى) (١١) •

والأصل أن على مدعى التعويض أن يثبت توافر السببية المباشرة كما يثبت الخطأ والضرر ، فمتى أثبت هذه الأركان الثلاثة تعذر على المدعى عليه دفع المسئولية عن نفسه • غير أن الغالب فى رابطة السببية بوجه خاص أن يكون ثبوتها لا من طريق اليقين بل على سبيل الترجيح ، فيسمح عندئذ للمدعى عليه أن يثبت انعدام السببية المباشرة ، وهو يستطيع ذلك اما من طريق مباشر أى باقامة الدليل على انتفاء السببية ، وهى ممكنة لأنها من قبيل اثبات النفى المحدود ، واما من طريق غير مباشر أى باقامة الدليل القطعى على أن الضرر يرجع الى سبب أجنبى عنه •

---

(١٠) راجع تعليقنا فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٦١ • وفيما تقدم ص ٢٦٦ •

(١١) فى هذا المعنى استئناف مختلط ٧ يونيه ١٩٢٨ (٤٧ ص ٣١٨)

واذا ثبتت السببية المباشرة من طريق اليقين ، فقد يتمكن المدعى عليه من أن يثبت أن الخطأ الذى وقع منه وتسبب مباشرة فى احداث الضرر راجع هو ذاته الى سبب أجنبى عنه بحيث يعتبر هذا أنه السبب الحقيقى فى وقوع الضرر • لذلك نص التقنين الجديد فى المادة ١٦٥ منه على أنه « اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كحادث مفاجىء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » •

ويلاحظ فى شأن ذلك أولا ، أن اثبات السبب الأجنبى لا يدفع المسئولية عن المدعى عليه الا باعتباره الطريق الايجابى لنفى السببية ، فاذا كان القانون قد نص على دفع المسئولية بالسبب الأجنبى ، فما ذلك الا من قبيل النص على الغالب ، ولكنه لا يمنع جواز دفع المسئولية بمجرد نفى السببية •

ويلاحظ ثانيا أن النص ذكر بعض أنواع السبب الأجنبى على سبيل المثال ، فينبغى تعيين المميزات العامة لما يعتبر سببا أجنبيا ، ونرى أنها تنحصر فى عنصرين : أولهما أن يكون ذلك السبب قد جعل وقوع الضرر محتما ، والثانى أن يكون ذلك السبب أجنبيا عن المدين ولا شأن له فيه وهو لا يكون كذلك الا اذا كان غير متوقع الحصول وغير ممكن تلافيه (١٢) •

ويلاحظ أخيرا أن المادة ١٦٥ استثنت من حكمها حالة وجود نص أو اتفاق يخالفه • ومثل النص الذى يقضى خلافا لهذا الحكم نص المادة الثالثة من قانون اصابات العمل ، ومثل الاتفاق المخالف ما نصت عليه

---

(١٢) راجع فى ذلك كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ١٨٠ وما بعدها .

المادة ٢١٧ مدنى جديد من أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة •

ثانيا — أحكام المسئولية :

١ — تقدير التعويض : يترتب على ثبوت مسئولية الشخص التزامه بتعويض الضرر • وقد نصت المادة ١٧٠ على أن « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر •• طبقا لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة » • والمقصود بذلك أن يقدر القاضى التعويض بحسب قيمة الأضرار المادية والأدبية التى تعتبر نتيجة طبيعية لخطأ المسئول ، سواء كانت تلك الأضرار خسارة لحقت المضرور أو كسبا فاته • ويؤخذ من الأعمال التحضيرية أن فى مقدمة « الظروف الملابسة » التى يجب على القاضى أن يراعيها فى هذا التقدير جسامة الضرر واشتراك المضرور فى احداث الضرر بخطئه •

ويجب أن يعين القاضى فى حكمه مدى التعويض تعيينا نهائيا الا اذا تعذر عليه وقت الحكم معرفة الحد الذى سيقف عنده الضرر • ففى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يقدر التعويض تقديرا مؤقتا « وأن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير » (م ١٧٠) •

والأصل أن يقدر القاضى التعويض بالنقد ، ولكن يجوز له تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يحكم بالتعويض العينى أو بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار كنشر الحكم فى الجرائد تعويضا عن القذف (م ١٧١ فقرة ثانية) • واذا رأى أن يقدر التعويض بالنقد ، جاز له أن يحدده بمبلغ يأمر بدفعه دفعة واحدة أو أقساطا ، أو أن يقدره بايراد مرتب يدفع للمضرور مدى الحياة أو الى أن يزول عنه الضرر ، وجاز له فى الحالتين الأخيرتين الزام المدين بأن يقدم تأمينا (م ١٧١ فقرة أولى) •

٢ ــ التضــامن : واذا تعــدد المسئولون عن فعــل ضــار كانوا متضامنين ووزعت المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم (م ١٦٩) ٠

فالتقنين الجديد قد جعل الأصل فى توزيع المسئولية التقصيرية بين المتضامنين فيها التوزيع بالتساوى ــ وهذا يتفق مع القاعدة المقررة فى التضامن بوجه عام (م ٢٩٧) كما يتفق مع نظرية تعــادل الأسباب فى المسئولية التقصيرية ــ غير أنه أجاز للقاضى أن يخرج على هذا الأصل وأن لا يسوى بين المتضامنين فى المسئولية ، ولكنه لم ينص على قاعدة يستهدى بها القاضى فى ذلك ٠ وكانت المحاكم قد جرت على أن يكون التوزيع تبعا لجسامة الخطأ ، وقد تضمن مشروع تنقيح القانون المدنى نصا على ذلك (م ١٧٣ مشروع نهائى) ، ولكن مجلس الشيوخ حذف هذا النص وقال فى حذفه ان للقاضى أن يعدل فى نصيب كل من المسئولين فى التعويض « حسب تقديره للظروف » ، والظاهر أنه اعتبر جسامة الخطأ داخلة فى ضمن الظروف التى يجب أن يتخذها القاضى أســاسا لتقديره ٠

٣ ــ التقــادم : وفيمــا يتعلق بتقــادم دعوى التعويض ، أتى التقنين الجديد بأحكام مبتــدعة ٠ فهو مع احتفاظه بالقــاعدة الأصلية القاضية بتقادم الدعوى بخمس عشرة سنة من يوم نشوء الحق أى من يوم وقوع العمل غير المشروع ، خرج عليها بحكمين ،: أحدهما يقضى بتقصير هذه المدة والثانى باطالتها فى بعض الأحوال ، فنص فى المــادة ١٧٢ فقرة أولى على أن « تسقط بالتقادم دعوى التعويض ٠٠٠ بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ؛ وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع » ، أى أن دعوى التعويض تتقادم فى حالة علم المضرور بوقوع الفعل الضار وشخص المسئول عنه بمضى مدة قدرها ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ ذلك العلم على ألا تجاوز بأى حال

١٥ سنة من وقت وقوع ذلك الفعل ـ فالتقادم بثلاث سنوات يسرى لتقصير مدة التقادم الأصلى فى بعض الأحوال ، ولكنه لا يغير فى اطالتها بأى حال •

أما الحكم الذى قصد به اطالة مدة تقادم التعويض ، سواءكانت تلك المدة ثلاث سنوات من تاريخ العلم المذكور أو ١٥ سنة من تاريخ وقوع الفعل الضار ، فقد ورد فى المادة ١٧٢ فقرة ثانية التى تنص على أنه « اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فان دعوى التعويض لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية » •

وظاهر أن المشرع قصد بذلك منع سقوط الدعوى المدنية قبل أن تسقط الدعوى الجنائية المتعلقة بذات الفعل ، ولو كانت مدة تقادم الدعوى المدنية قد انقضت ، لأنه لم يستسغ سقوط الدعوى المدنية الناشئة عن فعل لاتزال الاجراءات الجنائية بشأنه ممكنة ضد فاعله • ولكنه ، على النقيض من المشرع الفرنسى ، لم يمانع فى سقوط الدعوى الجنائية قبل سقوط الدعوى المدنية • فاذا سقطت الدعوى الجنائية قبل أن تنقضى مدة تقادم الدعوى المدنية ، فان القانون الفرنسى يقضى بسقوط هذه الدعوى الأخيرة تبعا للأولى بالرغم من عدم انقضاء مدة التقادم الخاصة بها ، أى أنه يجعل تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية تؤثر فى تقصير مدة التقادم الخاص بها لا فى اطالتها • أما فى التقنين المصرى الجديد ، فان هذه التبعية لا أثر لها بأى حال فى تقصير مدة التقادم الخاصة بالدعوى المدنية ، بل يمكن أن تؤثر فى هذه المدة باطالتها الى أن تسقط الدعوى الجنائية فعلا ، مهما تعددت أسباب وقف مدة تقادم هذه الدعوى أو أسباب انقطاعها •

المسئولية المدنية فى التقنين المدنى الجديد

(٢)

الأحكام الخاصة بالمسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء

بعد أن فرغ المشرع من تقرير القواعد العامة فى المسئولية المدنية بمناسبة مسئولية الشخص عن فعله الخطأ (١٣)، خرج على بعض هذه القواعد فى الحالات التى قرر فيها مسئولية الشخص عن عمل غيره أو مسئوليته عن الأشياء الموجودة فى حراسته ، وبخاصة فيما يتعلق باثبات خطأ المسئول .

حذا التقنين الجديد حذو التقنين الملغى فى تقرير مسئولية الشخص عن عمل غيره فى حالتين هما حالة مسئولية الشخص عمن هم فى رعايته (المادة ١٧٣) وحالة مسئولية المتبوع عن خطأ تابعه (المادة ١٧٤) ولكنه استبدل بالنصوص المقتضبة الغامضة نصوصا مفصلة واضحة واختتم هذه النصوص بتقرير مبدأ رجوع المسئول عن غيره على ذلك الغير (المادة ١٧٥) .

١ — مسئولية الشخص عمن هم فى رعايته — نصت المادة ١٧٣ فقرة أولى على أن « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » . فقررت بذلك مسئولية الشخص عن أفعال من هم تحت رقابته

---

(١٣) أنظر عرض هذه القواعد العامة فى بحثنا انشور فى العدد السابق من هذه المجلة .

مسئولية مفترضة تقوم دون حاجة الى اثبات خطأ المسئول وخرجت بذلك على حكم القواعد العامة التى توجب على مدعى التعويض اثبات خطأ المدعى عليه •

وكان التقنين الملغى أيضا يقرر هذا الاستثناء من القواعد العامة فى المـــادة ١٥١ فقرة ثانية منه ولكن عبارته كانت سقيمة مضطربة اقتضت الفقه والقضاء جهدا طويلا لتحديد معناها ووضع الضوابط لها • أمـــا التقنين الجديد فقد سجل نتيجة هذا الجهد المشكور فى عبارة المـــادة ١٧٣ المتقدمة وقضى بذلك على كثير من الخلافات التى ثارت حول النص القديم والتى مازال بعضها محتدما فى المحاكم الى الأن •

كانت المادة ١٥١ فقرة ثانية قديم تقابل المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى وقد نصت الأخيرة — الى جانب مسئولية السيد والمتبوع — على مسئولية بعض أشخاص معينين عمن يعتبرون فى رعايتهم ، ولكنها ذكرت هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر ووضعت قيودا لمسئولية كل منهم فنصت على مســـئولية الأب والأم عن أولادهم القصر المقيمين معهـــم وعلى مسئولية المربى عن تلامذته ومسئولية معلم الحرفة عن صبيانه • أمـــا المادة ١٥١ فقرة ثانية مدنى قديم فقـــد نصت بوجه عـــام على الزام الشخص بتعويض الضرر الناشىء للغير عن اهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتبـــاه منهم أو عـــدم ملاحظتـــه اياهم ، ولم تبين الأشخاص الذين يسألون عن فعل الغير كما بينتهم المادة ١٣٨٤ مـــدنى فرنسى ولكن الفقه والقضـــاء فى مصر لم يترددا فى تقرير مســـئولية الأشخاص الذين ذكرتهم المادة الفرنسية بالاستناد الى عموم نص المادة المصرية ، بل ذهب بعضهم الى أن هذا النص الأخير يتسع لجعل أشخاص آخرين غير من ذكروا فى المادة الفرنسية مسئولين عن فعل من يكون فى رعايتهم • كمسئولية الولى أو الوصى عن فعل القاصر ومسئولية الزوج عن فعل زوجته الخ • وخالفهم بعض آخر فى ذلك بل ان الخلاف تناول أيضا مسئولية بعض من نصت عليهم المادة الفرنسية وبخاصة مسئولية

الأب عن فعل ولده والى أى حد تمتد هذه المسئولية ، أيسأل الأب عن فعل ولده أيا كانت سن الولد ، أم تنتهى مسئوليته ببلوغ الولد سن الرشد المالى (٢١ سنة) ، أو بزوال ولاية الأب على نفس ولده (أى ببلوغ الولد ١٥ سنة على الأكثر ؟) (أنظر فى ذلك سليمان مرقس فى تعليقات على الأحكام فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٦ ص ١٤٥ وما بعدها ، و س ١٣ ص ٣٣٥ وما بعدها ، و س ٧ ص ٨٨٤ وما بعـدها وما تقدم فى ص ٣٦٢) .

لذلك تعين عند وضع التقنين الجديد ايجاد نص عام واضح لتحسم به الخلافات السابقة فنصت المـادة ١٧٣ فقـرة أولى بوجه عام على مسئولية « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ... » ، وظاهر أن هذا النص قد بنى مسئولية هؤلاء الأشخاص على افتراض اخلالهم بواجب الرقابة الواقع عليهم بمقتضى القانون أو الاتفاق ، فهو يخرج على القواعد العامة من حيث انه يفترض حصول هذا الاخلال أو الخطأ فلا يتطلب اثباته ، ولكنه لا يعفى مدعى التعويض من اثبات قيـام واجب الرقابة فى ذمة المدعى عليه . فهو يجعل مناط هذه المسئولية قيام واجب الرقابة ، ولابد فى قيام هذا الواجب من أن يكون الشخص الذى ارتكب الفعل الضار فى حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية كأن يكون قاصرا أو بالغا معتوها أو مجنونا أو بالغا عاقلا ولكنه أعمى أو مشلول الخ . وأن تناط رقابته بشخص آخر سواء كان ذلك بمقتضى القانون أو بموجب اتفاق .

وفيما يتعلق بالقاصر نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ على أنه « يعتبر فى حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمس عشر سنة أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته ... » ومعنى ذلك أن القاصر دون الخامسة عشرة يعتبر قانونا فى حاجة الى الرقابة وأن واجب رقابته يقع على عاتق القائم على تربيته ، أى أنه يقع أولا على أبيه ، ثم من بعده على أمه أو جده أو عمه أو أخيه أيهم يكون قائما على تربيته ، أما اذا جاوز الخامسة

عشرة فلا يعتبر فى حاجة الى الرقابة ولا يسأل عنه غيره الا اذا ثبت أنه مازال فى كنف القائم على تربيته • وليس المقصود بوجوده فى كنف غيره أن يكون مقيما معه بل أن يكون خاضعا فعلا لرقابته ولو كان مقيما عند شخص آخر • فالأب أو من يقوم مقامه لا يجوز أن يتنصل من مسئوليته عن القاصر الذى لم يبلغ الخامسة عشرة بادعائه أن هذا القاصر لم يكن فى حاجة الى الرقابة ولكنه يجوز له ذلك متى بلغ القاصر خمس عشرة سنة الى أن يثبت مدعى التعويض أن القاصر كان رغم بلوغه الخامسة عشرة لايزال فعلا فى كنف القائم على تربيته ، ويسرى هذا الحكم ولو كان القاصر متزوجا فيسأل الأب عن أفعال ابنه القاصر المتزوج مادام لايزال فى كنفه •

غير أن واجب الرقابة قد ينتقل من الشخص المكلف به أصلا الى شخص آخر اذا وجد ما يبرر ذلك ، « فتنتقل الرقابة على القاصر الى معلمه فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة ، مادام القاصر تحت اشراف المعلم أو المشرف ، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها أو الى من يتولى الرقابة على الزوج » (المادة ١٧٣ فقرة ثانية) •

على أن واجب الرقابة ينقضى ومسئولية الأب أو من يقوم مقامه تنتهى متى بلغ القاصر رشده ولم تكن به عاهة عقلية أو جسمية تجعله فى حاجة الى الرقابة ، أما اذا وجد به شىء من ذلك اعتبر فى حاجة الى الرقابة ووقعت مسئولية أفعاله الضارة على من تقع عليه هذه الرقابة ، أبا كان أو وليا أو قيما أو غير ذلك •

ويلاحظ فى شأن ما تقدم أن المادة ١٧٣ قد فرضت هذه المسئولية على « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة ••• » فى حين أنه كثيرا ما يقع أن يكون مرتكب العمل غير المشروع خاضعا فعلا لرقابة غيره ، وأن يباشر ذلك الغير رقابته دون أن يكون ملزما بذلك قانونا أو اتفاقا ، فهلا يكفى ذلك لمساءلة من يباشر الرقابة ؟ أليس يعتبر توليه الرقابة فعلا التزاما منه بواجب الرقابة يجعله

مسئولا عمن تولى رقابته كما اذا كفل شخص يتيما وتولى تربيته ؟ لذلك كنا اقترحنا أن تستبدل بعبارة « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص ••• » عبارة « كل من تولى رقابة شخص ••• » وقد أقرت ذلك لجنة مراجعة المشروع النهائى ولكن مجلس الشيوخ عدل عنه الى الصيغة الأولى •

ويلاحظ أيضا أن مسئولية الشخص عمن هم خاضعون لرقابته لا تعدو أن تكون مسئولية شخصية مبنية على أساس الخطأ ، خطأ الإخلال بواجب الرقابة ، وغاية الأمر أن هذا الخطأ مفروض فى جانب متولى الرقابة فرضا قابلا لاثبات العكس • ويترتب على ذلك نتيجتان :
(أ) الأولى أن متولى الرقابة يسأل عن الضرر الذى أحدثه الشخص الخاضع لرقابته ولو كان هذا الشخص غير مميز (المادة ١٧٣ فقرة أولى)، ذلك أن عدم تمييز مرتكب الفعل الضار اذا كان ينفى عن فعله صفة الخطأ فيما يتعلق بمسئوليته هو فانه لا ينفى حصول الاخلال بالرقابة من جانب متوليها ، بل ان عدم التمييز يجعل الحاجة الى الرقابة أشد ويقرب احتمال حصول الاخلال بها • ولكن ليس معنى ذلك أن متولى الرقابة يسأل عن كل فعل ضار يقع من عديم التمييز الخاضع لرقابته ولو كان هذا الفعل لا يستوجب مسئولية فاعله اذا فرض أنه كان مميزا ، وانما يكون مسئولا فقط عن الفعل الذى كان يعتبر خطأ لو أنه وقع من شخص مميز ، دون نظر الى تمييز الشخص الخاضع لرقابته أو عدم تمييزه •

(ب) والنتيجة الثانية هى أن هذه المسئولية المفترضة يجوز دفعها بنفى الاخلال فى الرقابة أو بنفى علاقة السببية بين الضرر وذلك الاخلال المفترض ، وقد نصت المادة ١٧٣ فقرة ثالثة على أن يستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية (أنظر سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١١٨)•

٢ — مسئولية المتبوع — حلت المادة ١٧٤ مدنى جديد محل المادة ١٥٢ مدنى قديم فى النص على مسئولية المتبوع أو السيد ، فقالت فى فقرتها الأولى « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » •
وقد أريد بهذا النص مسايرة القضاء الى حد كبير فى التوسع الذى ذهب اليه فيما يتعلق بمسئولية السيد أو المتبوع • ومن المعلوم أن المحاكم — بالرغم من أن المادة ١٥٢ مدنى قديم كانت تقصر مسئولية السيد على الأحوال التى تكون فيها أفعال تابعيه واقعة منهم فى حال تأدية وظائفهم — قد توسعت فى هذه المسئولية الى أقصى حدود التوسع بل جاوزت فى ذلك ما بلغته المحاكم الفرنسية ذاتها ، اذ قررت « أن القانون لا يشترط لتحميل المخدوم المسئولية المدنية عن فعل تابعه أن يكون هذا الفعل داخلا فى طبيعة الوظيفة التى عهد بها الى التابع أو أن يقع منه بصفته هذه ، بل يكتفى فى تقرير هذه المسئولية بأن يكون الفعل قد وقع من التابع أثناء تأدية الوظيفة أو أن تكون الوظيفة هى التى ساعدته على ارتكابه ولو كان بعيدا عن الوظيفة ولا اتصال له بها ••• لأن المخدوم يجب أن يسأل فى هذه الحالة الأخيرة على أساس اساءة الخدم الشئون التى عهد هو بها اليهم » (نقض ٢٢ أبريل ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ١٩ — ١٨) • وقد سبق لنا أن انتقدنا هذا التوسع فى مسئولية السيد والمخدوم باعتباره مخالفا لنص القانون وللأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية وأثبتنا أنه لا يكفى فى مسئولية السيد أن تكون الوظيفة قد هيأت للتابع الفرصة لارتكاب الفعل الضار ولو كان هذا الفعل لا اتصال له بالوظيفة ، وبينا أن المحاكم الفرنسية ذاتها لم تصل فى توسعها الى هذا الحد وأنها تشترط فى هذه الصورة أن تكون بين الوظيفة والفعل الضار رابطة سببية ، وتتشدد فى اثبات هذه الرابطة (أنظر سليمان مرقس فى تعليقات على الأحكام فى مسئولية السيد عن فعل تابعه ، مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٥٥ وما بعدها وما تقدم فى ص ٣٩٣ وما بعدها) •

غير أن مشروع تنقيح القانون المدنى لم يعبأ بهذا النقد وآثر مسايرة

المحاكم المصرية فى كل ما ذهبت اليه من توسع ، بالنص على مسئولية المتبوع « اذا كانت الوظيفة هى التى هيأت للتابع الفرصة لارتكاب العمل غير المشروع ولو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة » • (المادة ١٧٨ فقرة أولى من المشروع النهائى) ، ولكن مجلس الشيوخ هاله هذا التوسع فى مسئولية المتبوع ، فحد منه بعض الشىء واشترط فى مسئولية المتبوع أن يكون فعل التابع واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها (المادة ١٧٤ من التقنين الجديد) ، فدل بذلك على قصده مخالفة قضاء المحاكم وعدم الاكتفاء بأن تكون وظيفة التابع قد هيأت له الفرصة لارتكاب الفعل الضار اذا لم تكن بين الوظيفة وهذا الفعل رابطة سببية وثيقة • (قارن مع ذلك تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ) •

وقد خرج المشرع فى هذه المسئولية على القواعد العامة باعفاء المضرور من اثبات خطأ المتبوع فى رقابة تابعه • ويشترط فى قيام هذه المسئولية المفترضة ثلاثة شروط :

١ — أن توجد رابطة تبعية بين مرتكب الفعل الضار والمدعى عليه بالمسئولية المدنية عن هذا الفعل •

٢ — أن يكون الفعل الضار خطأ منسوبا الى التابع •

٣ — وأن يكون هذا الخطأ واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها •

وقد حسم المشرع الخلاف حول ما يعتبر قوام رابطة تبعية أهو حق الاختيار أم حق العزل أم حق الرقابة والتوجيه (١٤) فنص فى المادة ١٧٤ فقرة ثانية على أن « تقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه » •

---

(١٤) أنظر فى تفاصيل هذا الخلاف سليمان مرقس فى مسئولية المتبوع ، مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٥٤٥ وما بعدها . راجع ما تقدم فى ص ٣٩٠ وما بعدها .

أما الأساس الذى بنى عليه المشرع هـذه المسئولية ، فليس من السهل تبينه ، أهو خطأ مفترض أم خطأ واقع أم نظرية تحمل التبعة ؟ فمن جهة يظهر من الأعمال التحضيرية أن المشرع يعتبر هذه المسئولية مبنية على خطأ مفروض . فقد ذكر ذلك فى أكثر من موضع من المذكرة الايضاحية ، ثم أعيد ذكره فى لجنة مراجعـة المشروع النهائى عندما سأل أحد الأعضاء عما اذا كان يشترط فى مسئولية المتبوع المفترضة أن يكون المتبوع مميزا فأجيب بأنه مادامت المسئولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصـور افتراض الخطأ فى جانب غير المميز (١٥) غير أن تأسيس هذه المسئولية على الخطأ المفترض فى الرقابة كان يقتضى أولا قصر مسئولية المتبوع على ما يقع من التـابع فى حال تأدية وظيفته اذ لا يمكن اعتبار المتبوع مخطئا فى عدم رقابة تابعه خارج حدود الوظيفة ، وثانيا السماح للمتبوع بدفع مسئوليته بنفى وقوع أى خطأ منـه فى رقابة تابعه . وقـد كان المشروع يتضمن فقرة تجيـز للمتبوع ذلك فى مقابلة ما أخذ به من التوسع فى مسئولية المتبوع . فلمـا ضيق مجلس الشيوخ فى حالات المسئولية حذف النص الذى كان يجيز دفع المسئولية بنفى الخطأ أو نفى السببية . فازاء ذلك كيف يمكن التوفيق بين تأسيس هذه المسئولية على الخطأ المفروض من جهة وبين مدها الى خارج حدود الوظيفة وعدم السماح بدفعها بنفى الخطأ المفروض من جهة أخرى ؟

٣ — رجوع المسئول مدنيا على الفاعل الأصلى — الغالب فى حالات المسئولية عن فعل الغير أن تقع المسئولية عن الضرر الواحد على عاتق شخصين هما مرتكب الفعل الضار ومتبوع ذلك الفاعل أو متولى الرقابة عليه ، ويجوز للمضرور أن يستوفى التعويض كاملا من أيهمـا . فاذا استوفاه من مرتكب الفعل الضار وهو المدين الأصلى انتهى الأمر عند هذا الحد وبرأت ذمة المتبوع أو متولى الرقابة تبعـا لذلك . ولكن اذا

---

(١٥) ويلاحظ أن ذلك مخـالف لما قضت به الى الان محـكمة النقض المصرية ، انظر نقض ١٢ نوفمبر ١٩٣٦ القانون والاقتصاد ٧ — ٣ — ٢٦ . ونقض جنائى ٢٥ مايو ١٩٤٥ المحاماة ٢٣ — ٢١٢ — ٦٥ .

استوفاه من واحد من هؤلاء ، ألا يجوز للموفى أن يرجع بما وفاه كله أو بعضه على الفاعل باعتباره المتسبب الأصلى فى حدوث الضرر ؟

يتوقف جواز الرجوع ومداه على الأساس الذى تبنى عليه مسئولية المتبوع أو متولى الرقابة • فان بنيت هذه المسئولية على أساس الخطأ المفروض كان للمسئول مدنيا حق الرجوع بكل ما وفاه على الفاعل باعتباره مدينا أصليا • وان بنيت على أساس الخطأ الواقع اعتبر كل من الطرفين مشتركا بخطئه فى احداث الضرر وكان كل منهما ملتزما أصليا بنصيبه من التعويض وجاز لمن وفى الكل أن يرجع على الآخر بنصيبه فقط • وان بنيت على نظرية تحمل التبعة اعتبر المسئول مدنيا هو الملتزم الأصلى ولم يجز له أن يرجع بشىء على الفاعل • (أنظر فى ذلك تعليقنا على حكم لمحكمة النقض فى مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٣٤٢ • يراجع فيما تقدم ص ٣٩٠ وما بعدها) •

وقد اعتبر التقنين الجديد المسئولية عن فعل الغير مبنية على خطأ مفروض ، ورتب على ذلك حق المسئول مدنيا فى الرجوع على الفاعل الأصلى بكامل التعويض الا اذا كان الفاعل الأصلى غير مميز فينتفى الرجوع عليه تبعا لانتفاء مسئوليته ، أو اذا كان المسئول مدنيا قد ثبت وقوع خطأ منه أسهم مع خطأ الفاعل الأصلى فى احداث الضرر فحينئذ لا يكون له الرجوع على الفاعل الأصلى الا بمقدار نصيبه من المسئولية (المادة ١٧٥ مدنى جديد) •

ثانيا — المسئولية الناشئة عن الأشياء :

نص التقنين الجديد على المسئولية الناشئة عن الأشياء فى ثلاث حالات : (١) حالة حارس الحيوان (المادة ١٧٦) ، (٢) وحالة حارس البناء (المادة ١٧٧) ، (٣) وحالة حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة (المادة ١٧٨) ، فخرج فى هذه الحالات

الثلاث على حكم القواعد العامة من حيث انه أعفى مدعى التعويض من عبء اثبات خطأ المدعى عليه .

١ ـ مسئولية حارس الحيوان : نصت المادة ١٧٦ على أن حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه . وقد أخذ هذا النص بما ذهب اليه القضاء فى تطبيق المادة ٢١٥/١٥٣ من التقنين القديم ، فأبرز أن هذه المسئولية تقع على حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له ، دون حاجة الى اقامة الدليل على وقوع خطأ منه ، وأن العبرة فيها بالحراسة القانونية لا بالحراسة المادية لأنها تقع على من يملك الحراسة القانونية ولو ضل الحيوان أو تسرب منه ، وأن هذه المسئولية لا يجوز دفعها بمجرد نفى الخطأ فى الحراسة بل لابد فى ذلك للحارس من اثبات أن الضرر وقع بسبب أجنبى لا يد له فيه كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ المصاب أو خطأ أجنبى . (أنظر فى ذلك مذكراتنا فى الفعل الضار ١٩٤٨ ص ١٢٤) .

٢ ـ مسئولية حارس البناء : لم يكن فى التقنين القديم نص خاص على مسئولية حارس البناء يخرج هذه المسئولية عن حكم القواعد العامة فى حين أنه كان يوجد نص على ذلك فى التقنين الفرنسى يقضى بمسئولية مالك المبانى عن الأضرار الناشئة عن تهدمها اذا ثبت أن سببه يرجع الى عيب فى تشييد المبانى أو نقص فى صيانتها (المادة ١٣٨٦) ، فاختلف الفقه والقضاء المصريان فى هذا الشأن ، فقال فريق بتطبيق القواعد العامة فى هذه الحالة لخلو القانون المصرى من نص مقابل للمادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى ، ورأى آخرون امكان اعتبار مسئولية مالك البناء مفترضة بحكم القانون استنادا منهم الى أن المشرع المصرى انما نقل فى ايجاز أحكام المواد ١٣٨٢ ـ ١٣٨٦ فرنسى ، وضمنها المواد ٢١٢/١٥١ وما بعدها ولم يقصد بهذا الايجاز أن يحيد عن الأحكام التى قررتها تلك المواد . (راجع هذا الخلاف فى كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٢٩ وما بعدها) .

غير أنه يلاحظ أن قرينة الخطأ التى أنشأتها المادة ١٣٨٦ فرنسى يشترط فى قيامها أن يثبت المضرور أن تهدم البنـاء راجع الى عيب فى تشييده أو نقص فى صيانته ، وأن ذلك يجعل هـذه القرينة القـانونية ضئيلة الأهمية لأنه متى ثبت أن التهدم راجع الى عيب فى التشييد أو نقص فى الصيانة ، كان من السهل أن يستنبط من ذلك من طريق القرائن القضائية أن مالك البناء مخطىء فى عدم تلافى هذا العيب أو النقص فى الصيانة ، فيستغنى بذلك عن القرينة القانونية التى نصت عليها المادة ١٣٨٦ . وقد حدث فعلا أن المحاكم المصرية التى لم تر الأخذ بنص المادة ١٣٨٦ فرنسى أمكنهـا أن تصل الى ذات الحـكم من طريق القـرائن القضائية ، مع فارق واحد هو أنها جعلت هذه المسئولية تقع على عاتق حارس البناء لا على عاتق مالكه ، فسمحت للمالك بدفع المسـئولية عن نفسه اذا أمكنه اسناد العيب الذى كان سبب التهدم الى شخص أجنبى عنه وقضت بأن هذه المسئولية تنتقل من عاتق المالك الى عاتق من يكون هذا قد وضع البناء تحت رعايته كمنتفع أو مرتهن أو مقاول الخ .

وقد أخذ التقنين الجـديد بما ذهبت اليه محاكمنا من حيـث ربط المسئولية عن تهدم البناء بحراسته لا بملكيته ، ولكنه لم يكتف بالقرينة القـانونية الهزيلة التى قررتها المـادة ١٣٨٦ فرنسى والتى استطاعت محاكمنا أن تستعيض عنها بالقرائن القضائية ، فأنشأ قرينة قانونية على الخطأ تقوم على مجرد حراسة البناء ودون حاجة بالمضرور الى اثبات عيب فى تشييد البناء ، أو نقص فى صيانته ، فنص فى المادة ١٧٧ فقرة أولى على أن « حارس البنـاء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسـئول عمـا يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئيا ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه الى اهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه » . وبناء على هذا النص لا يـكون على المضرور الا أن يثبت أن الضرر أصابه بسبب انهدام البناء ، فيفرض أن الانهـدام راجع الى اهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه وينسب هذا السبب الى الحارس الحالى للبناء ، ولكن يجوز لهذا الحارس أن يدفع مسئوليته

باقامة الدليل على أن الانهدام ليس راجعا الى اهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه ، أو بأن يثبت أن العيب الذى سبب الانهدام يرجع الى حارس آخر للبناء سابق عليه •

وقد رأى المشرع فوق ذلك أن المصلحة تقتضى عدم انتظار انهدام البناء لتوقيع الجزاء على حارسه وتعويض الأضرار التى تنشأ بسبب ذلك ، فخول الجيران حق توقى الانهدام قبل حصوله ، ونص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ على أنه « يجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلـزم من التـدابير الضرورية لـدرء الخطر ، فان لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه » •

٣ ــ مسئولية حارس الآلات الميكانيكية وغيرها : لم يكن فى التقنين القديم نص على المسئولية الناشئة عن الأشياء فيما عدا النص الخاص بالمسئولية عن فعل الحيوان ، فكان لابد من تطبيق القواعد العامة فى هذا النوع من المسئولية وهى توجب على المضرور اثبات خطأ الفاعل •

غير أن المحاكم شعرت بثقل عبء هذا الاثبات على المصاب وجهدت نفسها فى تخفيفه عنه وتوسلت فى ذلك بشتى الوسائل حتى ذهب بعضها الى اعتبار حارس الشىء مسئولا عن الضرر الذى ينشأ عنـه مسئولية مفترضة ، ولكن محـكمة النقض رأت أن القول بذلك يعـوزه السـند القانونى فرفضت الأخذ به ولو أنه لم يسعها الا أن تنـادى بوجوب تدخل المشرع لوضع النص الذى يقرر هذه المسئولية المفترضة • (نقض ١٥ نوفمبر ١٩٣٤ المحاماة ١٥ ــ ١ ــ ١٥٥ ــ ٧٨) •

وقد لبى المشرع هذا النداء ، فنص فى المادة ١٧٨ مدنى جديد على أن « كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم

يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » •

ويؤخذ من هذا النص أن المشرع أنشأ نوعا من المسئولية المفترضة عن الأضرار التى تنشأ من بعض الأشياء دون غيرها ، تلك هى أولا الآلات الميكانيكية بجميع أنواعها اذ يفرض فيها أن حراستها تتطلب عناية خاصة ، وثانيا الأشياء الأخرى التى تتطلب حراستها عناية خاصة ، فاذا نشأ عن أحد هذه الأشياء ضرر كان متولى حراسة هذا الشىء مسئولا عنه مسئولية مقررة ابتداء لا يجوز له دفعها الا اذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه ، دون اخلال بالحالات التى ينص فيها القانون على أن حارس الشىء أو مالكه يسأل حتى عن الأضرار التى تنشأ منه بقوة قاهرة كما فى قانون اصابات العمل •

ولا تقع هذه المسئولية الا على حارس الشىء • غير أن تعريف الحارس قد أثار صعوبات فى القانون الفرنسى ، ففرقت الشراح والمحاكم أول الأمر بين الحراسة القانونية وبين الحراسة المادية ورتبت المسئولية المفترضة على الأولى دون الثانية ، فاعتبرت المسئول من يكون له السيطرة على الشىء ولو لم يكن الشىء فى حيازته المادية ، ولأن هذا المذهب كان يؤدى مثلا الى اعتبار صاحب السيارة المسروقة مسئولا عن الأضرار التى تنشأ عن السيارة تحت قيادة سارقها ، عدلت الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض فى ٢ ديسمبر ١٩٤١ عن هذه التفرقة ، وعرفت الحارس بأنه من يستعمل الشىء ويتولى ادارته بصرف النظر عما اذا كان يملك الحق فى ذلك أو لا يملكه •

ويلاحظ على الحكم الذى تضمنته المادة ١٧٨ مدنى جديد أنه لم يعمم المسئولية المفترضة عن الأشياء بل قصد أن يقف بها الآن فى منتصف الطريق مراعيا فى ذلك ما تقتضيه أحوال البلاد فى المرحلة الراهنة من حياتها الاقتصادية • غير أن الضابط الذى وضعه هذا الحكم لتقييد المسئولية الناشئة عن الأشياء ضابط مرن غير محدود

يمكن أن يضيق حتى يقصر عن الغـاية المنشودة ويمكن أن يتسع حتى يشمل جميع الأشياء باعتبار أن مجرد حدوث الضرر من شيء يحمل فى ذاته الدليل على أن هذا الحادث كانت حراسته تتطلب عناية خاصة • والغالب أن المحاكم ستتجه هذا الاتجاه الأخير فى تطبيق هذا النص ان عاجلا أو آجلا ، وعساها أن تتدرج فى ذلك تدرجا يتمشى مع تطور حالة البلد الاقتصادية ، فتحقق بذلك غاية المشرع القصوى •

يخلص مما تقـدم أن التقنين الجـديد احتفظ بالخطأ أسـاسا للمسئولية بصفة عامة وأن الحالات التى قرر فيها المسئولية المفترضة لم يخرج بها على هذا الأساس ، وانما كان خروجه فيها على قواعد الاثبات فقط ، فلا تزال المسئولية عن فعل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء فى التقنين الجديد مبنية على أساس الخطأ الشخصى ، سواء أكان ذلك الخطأ اخـلالا بواجب رقـابة الغير أم كان تقصيرا فى واجب حراسة الأشياء التى تجب حراستها • وغاية الأمر أن المصاب معفى من اثبات هـذا الخطأ ، وأن من تقع عليه هـذه المسئولية المفترضة يملك دفعهـا بالوسائل التى قررها القانون •

فى نظرية دفع المسئولية المدنيـة (١٦)

من أهم المبادىء الأساسية التى تقوم عليها جميع الشرائع ، المبدأ القاضى بأن كل فعل يسبب ضررا للغير يلزم فاعله بتعويض ذلك الضرر ، وهو منصوص عليه فى المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من التقنين المدنى الفرنسى وفى المادة ١٥١/٢١٢ من التقنين المدنى المصرى الملغى (وفى المادة ١٦٣ من التقنين المدنى القائم) • وتوجب هـذه النصوص على المضرور أن يثبت الضرر الذى أصابه وخطأ الفاعل وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وذاك الضرر • هذه هى الأركان الثلاثة التى تقوم عليها المسئولية المدنية وما يترتب عليها من التزام بالتعويض • فاذا لم يستطع المضرور أن ينهض بهذا العبء من الاثبات ، سواء لأن المدعى عليه لم يرتكب خطأ ما أو لأن الضرر قد حدث بسبب أجنبى عن المدعى عليه أو لأن سبب الضرر بقى مجهولا ، رفضت دعواه المتعلقة بطلب التعويض•وكان كثيرا ما يقع ذلك ، ونادرا ما يتمكن المضرور من النهوض بعبء الاثبات الواقع على عاتقه ومن الحصول على تعويض الضرر الذى أصابه •

لذلك عمد المشرع الى التخفيف عن المضرور بعض الشىء باعفائه من بعض عبء الاثبات الواقع عليه • ومن هذا القبيل ما شرعه فى شأن المسئولية العقـدية حيث اكتفى من الدائن بأن يثبت عدم وفاء مدينـه بالالتزام الناشىء من العقد والضرر الذى أصابه بسبب ذلك حتى يحكم له بالتعويض عن ذلك الضرر • وكذلك فيما يتعلق بالمسئولية التقصيرية عن فعل الغير الذى يكون فى رعاية المدعى عليه أو عن فعل الحيوان أو

---

(١٦) ترجمة مقال نشر باللغة الفرنسية فى مجلة L' Egypte Judiciare السنة الخامسة العدد رقم ١٥٨ بتـاريخ ٢٤ مايو ١٩٣٦ وهو عبـارة عن تلخيص واف لرسالة الدكتوراه المقدمة منا لجامعة القاهرة فى سنة ١٩٣٦ ، ويليه تقديم الرسالة بقلم الاستاذ ليون مازو احد مؤلفى المبسوط فى المسئولية المدنية الذى أعيد طبعه مرارا عديدة بباريس .

البناء الذى يكون فى حراسته • ففى جميع هذه الأحوال الأخيرة ، جعل المشرع أشخاصا معينين مسئولين عن بعض الأضرار دون أن يتطلب من المضرور اثبات خطأ وقع منهم •

وفى نظر الشراح الأوائل للتقنين المدنى الفرنسى كان اعفاء المضرور من عبء اثبات خطأ من يوجه اليه المطالبة بالتعويض يجد تبريره فى أن للمدعى عليه بالتعويض مكنة دفع مسئوليته باثبات انه لم يرتكب خطأ ، وكانوا يرون أن الأمر لا يعدو قلب عبء الاثبات وانه كان من شأنه أن يدع على عاتق المضرور كافة الأضرار التى تصيبه بسبب فعل من المدعى عليه لا خطأ فيه أو بسبب أجنبى عن هذا الأخير لا يد له فيه ، أو بسبب ظل مجهولا ولم يمكن تعيينه •

غير أن دائرة المسئولية ، سواء أكانت تعاقدية أم تقصيرية قد اتسعت منذ نهاية القرن الماضى اتساعا كبيرا كان الدافع اليه الرغبة الشديدة فى مساعدة المضرور لتسهيل حصوله على تعويض الضرر الذى لحقه من طريق تخفيف عبء الاثبات عنه •

ويرجع التوسع فى دائرة المسئولية التعاقدية الى أن قواعدها أخف وطأة على المدعى ، اذ هى تعفيه من أن يثبت أن سبب عدم وفاء المدين بالتزامه خطأ من جانبه ، ولذلك اتجهت الجهود أولا نحو توسيع دائرة هذه المسئولية وتطبيق قواعدها على حوادث العمل ثم على حوادث نقل الركاب ، فعلى الحوادث التى تقع فى أثناء التعليم أو التمرين أو فى خلال مزاولة بعض الألعاب • وكانت كل هذه الحوادث قبل ذلك مما تطبق عليه قواعد المسئولية التقصيرية • فأدت الرغبة فى مساعدة المضرورين فيها — حيث توجد رابطة عقدية بين أحد منهم وآخر — الى توسيع مضمون العقد واعتباره متضمنا التزاما فى ذمة أحد عاقديه بضمان سلامة العاقد الآخر Obligation de sécurité طوال مدة تنفيذ العقد والى حين انقضائه •

أما التوسع فى المسئولية التقصيرية فلم يجىء عن طريق ادخال حالات جديدة فى دائرتها ولم تكن داخلة فيها من قبل ، كما وقع ذلك بالنسبة الى المسئولية العقدية ، بل جاء من طريق تسهيل الاثبات فى أكثر الحالات التى كانت تطبق عليها قواعد المسئولية التقصيرية ، فانه بتطبيق تلك القواعد كان يتعذر على المدعى أن يقيم الدليل على مسئولية المدعى عليه ، وكثيرا ما كان يستحيل عليه ذلك ، فيخلص المدعى عليه من كل مسئولية عقدية أو تقصيرية ، لذلك رؤى مساعدة طالب التعويض باعفائه من اثبات خطأ خصمه فى بعض الأحوال وتم ذلك من طريق الأخذ بنظرية المسئولية الناشئة عن فعل الأشياء التى أقامها القضاء الفرنسى على أساس نص ورد فى المادة ١٣٨٤/١ مدنى فرنسى ولم يقصد به عند وضعه الا أن يكون تمهيدا لسائر فقرات المادة ١٣٨٤ ولحكمى المادتين ١٣٨٥ و ١٣٨٦ مدنى فرنسى •

تمت جميع هذه التوسعات فى المسئولية المدنية فى القانون الفرنسى تدريجيا حتى بلغت الذروة فى الربع الثانى من القرن الحالى • وقد أخذت المحاكم المصرية تسير فى هذا الاتجاه ذاته ، ووصلت بعض أحكامها الى اقرار أحدث المبادىء التى قررتها المحاكم الفرنسية فى هذا الشأن • وفى رأيى انه من الأنسب أن يتدخل المشرع المصرى باصدار تشريعات خاصة يسهل بها حصول المضرورين على تعويض الأضرار التى تصيبهم فى مجالات محددة ، فيبدأ مثلا بتشريع ينظم التعويض عن حوادث السيارات ، ثم بتشريع آخر يقرر التعويض عن حوادث العمل وهلم جرا كلما دعت الحاجة الى اصدار تشريع خاص بنوع معين من الحوادث •

ومهما يكن الأمر ، فان هذه التوسعات فى المسئولية وما واكبها من اعفاء للمدعى من عبء اثبات الخطأ الذى وقع من المدعى عليه ، أدت الى انتقال عبء الاثبات من جانب المدعى الى جانب المدعى عليه وبدلا من أن ينصب عبء الاثبات على الخطأ وأركان المسئولية ، أصبح يتجه الى

وسائل الدفاع وأسباب دفع المسئولية وصارت المرافعة تتناول هـذه الأسباب أكثر مما تتناول أركان المسئولية •

ولو وقف الأمر عند حد دفع المسئولية بنفى الخطأ ، اذن لأمكن اعتبار التوسع المذكور لا يعدو أن يكون قلبا لعبء الاثبات ، ولبدت مكنة الاعفاء المطلق من المسئولية كرد فعل للأخذ بالمسئولية المقررة ابتداء ، ولكن الأمر لم يقف عند هذا الحد •

فقد ظهر فى خط مواز للتوسع فى المسئوليه المقررة ابتداء ، اتجاه الى التضييق المتزايد فى اسباب دفع المسئولية والى التشدد فى اثبات هذه الأسباب ، حتى جاز التساؤل فى الوقت الحاضر عما اذا كان التوازن بين كفتى الفاعل والمضرور لم يختل لصالح هذا الأخير •

ولما كانت العـدالة الصحيحة هى التى تحفظ التـوازن بين كفتى الميزان فى غاية من الدقة بحيث لا ترجح احداهما الأخرى وجب المحافظة على التوازن بين كفة المسئولية (وأساسها الخطأ فيما عدا الأحوال التى استثناها القانون) — وكفة انتفاء المسئولية (التى من مقتضاها حماية من لم يتسبب بخطئه فى احداث الضرر) ، فكما أن رجحان كفة المسئولية يكون مخالفا للعدالة ، كذلك يكون رجحان كفة عدم المسئولية •

وقد حدانى ذلك الى محاولة دراسة كيفية دفع المسئولية كرد فعل للتوسع الهائل فى اقامة المسـئولية المقررة ابتـداء فتسـاءلت أولا عن الطريقة التى يجوز بها للشخص المفترضة مسئوليته أن يدفع بها هذه المسئولية ، فاذا أبيح له أن يخلص من المسئولية بمجرد نفى الخطأ عن نفسه ، فان من شأن ذلك أن يترك على عاتق المضرور ليس فقط تبعـة الأضرار الراجعة الى سبب أجنبى عن المـدعى عليه بل أيضـا تبعـة الأضرار التى بقى سببها مجهولا (أى لا هو راجع الى خطأ الفاعل ولا الى سبب أجنبى عنه) • ولمـا كانت الأضرار التى تدخل فى هـذه الفئـة الأخيرة هى من الناحية العملية تكون الأغلبية الكبرى ، فان الحماية التى

بدت الرغبة فى اسباغها على المضرورين تكون فى واقع الأمر ضئيلة الأثر • لذلك بدا أن المضرور لا يمكن عملا أن يفيد من هذه الحماية الا اذا ألقيت تبعة الأضرار التى يبقى سببها مجهولا على عاتق الشخص المفترضة مسئوليته ، وذلك برفض دفع مسئولية هذا الأخير بمجرد نفى الخطأ عن نفسه وبقصر دفع مسئوليته على الحالة التى يثبت فيها أن الضرر راجع الى سبب أجنبى عنه •

وقد أصبح ذلك أمرا مسلما ، سواء فى مجال المسئولية العقدية أو فى مجال المسئولية التقصيرية عن فعل الأشياء الحية أو الجامدة • واذا كانت ترد على هذه القاعدة بعض استثناءات فى حالات معينة ، فانها لا تنفى أن القاعدة المسلمة هى أنه فى الظروف العادية لا يقبل ممن يريد دفع مسئوليته الا اقامته الدليل على أن الضرر المطلوب منه تعويضه يرجع الى سبب أجنبى عنه •

ولم تستقر هذه القاعدة الا بعد خلافات كثيرة اضطررت الى عرضها ومناقشتها وتصفيتها • والواقع أن هذه القاعدة مستنبطة من نص المادة ١١٤٧ مدنى فرنسى ومن تطبيق القواعد العامة الأخرى متى سلم بأن مجرد عدم الوفاء بالتزام عقدى أو بالتزام حراسة شىء يتطلب حراسة خاصة يكون فى ذاته خطأ ثابتا يكفى لاقامة مسئولية المخل بهذا الالتزام ولا يسمح له بدفع مسئوليته بمجرد نفى الخطأ عن نفسه (مادام مسلما بأن مجرد عدم وفائه بالتزامه يعتبر خطأ ثابتا فى حقه) ، فلا يبقى لتخليص المدين من مسئوليته الا أن يثبت أن عدم وفائه بالتزامه — الذى يعتبر خطأ ثابتا فى حقه راجع هو ذاته الى سبب لايسأل هو عنه بحيث يعتبر ما وقع منه من عدم وفاء ليس هو السبب الحقيقى للضرر المطلوب منه تعويضه •

فتعين على اذن البحث فيما يعتبر سببا أجنبيا ، فوجدت رأيا أول يتوسع كثيرا فيما يعتبر سببا أجنبيا الى حد أن يجعله يشمل تقريبا جميع

الحالات التى ينتفى فيها خطأ المدين ، وكانت هذه النتيجة وحدها كافية لاستبعاد هذا الرأى •

وكان هناك رأى آخر يسرف فى التضييق فيما يعتبر سببا أجنبيا ويستند الى نص المادة ١١٤٨ مدنى فرنسى الذى لم يذكر سوى الحادث الفجائى والقوة القاهرة كأسباب لدفع المسئولية • وكان مفاد هذا الرأى أن القوة القاهرة والحادث الفجائى هما السببان الأجنبيان الوحيدان ، أى اللذان يمكن أن تدفع بهما المسئولية المقررة ابتداء على عاتق شخص معين •

غير أنه ليس من الصعب تبين أسباب أجنبية أخرى ورد ذكرها فى نصوص غير ماتقدم جعل لها المشرع قوة دفع المسئولية المقررة فى حالات أخرى ، كعيب الشىء محل عقد النقل وفعل الشاحن وأثرهما فى مسئولية أمين النقل وسريان الحريق الى العين المؤجرة من عين مجاورة لها ، بالاضافة الى ما هو مسلم من أن خطأ المضرور يعتبر سببا تدفع به مسئولية الشخص المقررة مسئوليته ابتداء ، وهكذا يبين أنه ليس صحيحا أن السبب الأجنبى الذى تدفع به المسئولية لا يشمل غير القوة القاهرة والحادث الفجائى بل الصحيح أن هذين الأمرين لا يستغرقان كل الأسباب الأجنبية ، وان ازدياد دائرة المسئولية المدنية يجب أن يواكبه التوسع فيما يعتبر سببا أجنبيا تدفع به هذه المسئولية (١٧) •

وقد حملنى ذلك الى الرجوع الى الأعمال التحضيرية لقانون نابليون بحثا عن حقيقة المعنى المقصود بعبارات المادتين ١١٤٧ و ١١٤٨ مدنى فرنسى وعن الصلة القائمة بين نصوص هاتين المادتين •

---

(١٧) وظهر فى الفقه الفرنسى اخيرا اتجاه مضاد لما رأيناه فى هذا المقال منذ ٤٥ عاما ، أنظر فى ذلك : Muzuaghi (A.S.) Le déclin des causes légales d'exomération de l'ordre public nouveau, Paris, 1981.

واتضح لى أن عبارتى الحادث الفجائى والقوة القاهرة استعملت بمعنيين مختلفين على التوالى ، فاستعملها أولا بيجو برامنيه Bigot de Préamneu بمعنى واسع يجعلها مرادفة لعبارة السبب الأجنبى الذى لا يد فيـه للمدين ، ثم استعملت بعد ذلك بناء على ملاحظة من رينيـو Regnaud فى معنى أضيق للدلالة على أحد أنواع السبب الأجنبى الأكثر وقوعا فى العمل والذى لم يقم بشأنه أى خلاف • فالقاعدة مقررة اذن فى المادة ١١٤٧ مدنى فرنسى وهى تقضى بدفع المسئولية بالسبب الأجنبى• وما ورد فى المادة ١١٤٨ مدنى فرنسى يعتبر ايرادا لبعض أنواع السبب الأجنبى على سبيل المثال ، وقد أجمع الفقه والقضاء على أن ما ورد فى المادة ١١٤٨ من أسباب أجنبية يمكن أن تضاف اليه أسباب أخرى كعيب الشىء وفعل الراسل أو المرسل اليه أو فعـل الدائن أيا كـان أو فعل المضرور ، أو فعل شخص أجنبى ، على خلاف فى الرأى فى شأن بعض هذه الأسباب •

غير أن ما يعتبر سببا أجنبيا يجب فى جميع الأحوال أن يتوافر فيه الشرطان التاليان :

(١) أن تنشأ عنه استحالة الوفاء بالتعهد العقدى أو بالواجب القانونى •

(٢) وأن يكون من حيث منشؤه أجنبيا عن المدعى عليه ولا شأن له فيه •

ومتى توافر هذان الشرطان فى أى حادث ، اعتبر الضرر راجعـا الى سبب أجنبى ، لا الى خطأ المدعى عليه ، ووجب اسـقاط المسئولية المفترضة ، ما لم تكن هـذه المسئولية من النوع الذى لا يسـقط بكل سبب أجنبى •

وقد أتاح لى تطبيق هذين الشرطين على كل الحوادث التى تدخل فيما يعتبر سببا أجنبيا أن أحدد الأوصاف التى يجب أن تتوافر فى كل

منهــا لاعتباره سببا أجنبيــا بكل معنى الكلمة يترتب عليــه امكان دفع المسئولية به •

ففيما يتعلق بالحادث الفجائى والقوة القاهرة اقتضى الأمر عرض الخلاف فى شأن اعتبار كل منهما سببا أجنبيا متميزا عن الآخر واعتبار العبارتين مترادفتين تعبران عن مدلول واحد ، وانتهيت من بحثى الى اعتماد هذا الرأى الأخير استنادا الى السوابق فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم ، والى الأعمال التحضيرية لمجموعة القوانين المدنية الفرنسية ، والى ذات نصوص المجموعتين الفرنســية والمصرية والى أقوال الأولين من شراح المجموعة الفرنسية •

وأثبت أن التفرقة بين الحــادث الفجائى والقوة القاهرة لم يقل بها بعض الشراح الا فى أواخر القرن الماضى ، وقسمت القائلين بهــا الى فريقين : فريق يسمى قوة قاهرة الحادث الذى تغلب فيه صــفة انتفاء مقاومته ويعتبر حادثا فجائيا ما تغلب فيه صفة المفاجأة ، ولكنه لا يفرق بين النوعين من حيث ما يترتب عليهما من أثر فى دفع المسئولية • أما الفريق الثانى ، فيقصر هذا الأثر على القوة القــاهرة وحدها دون الحادث الفجائى ، ويدخل فى باب القوة القاهرة الحوادث الخارجة عن العمل أو عن الشىء الذى ينشأ عنه الضرر • ويعتبر الحوادث الداخلة فى دائرة العمل أو المتصلة بالشىء الذى أحدث الضرر حوادث فجائية ، وهى تشمل الحوادث المجهولة السبب •

وقد بينت أن هذه التفرقة لا سند لها فى نصوص القانون ، وفوق ذلك حللت فيصل التفرقة ذاته ، وأثبت عدم صلاحيته وأشرت الى أن المحاكم ثبتت على نظرية وحدة الحادث الفجائى والقوة القاهرة ، ولم تتأثر بالنظريات الحديثة ، رغم ما بدت فيه هــذه النظريات من مظهر خلاب وما أبداه أنصارها من براعة فائقة فى طريقة عرضها •

وعلى ذلك يعتبر الحادث الفجائى والقوة القاهرة شيئا واحدا ،

ويشترط فيه أن تكون مقاومة نتائجه المادية مستحيلة ، وأن ينتفى توقعه وتلافى حصوله •

أما من حيث نتائجه المادية ، فيجب أن تنشأ عن الحادث استحالة الوفاء بالتعهد استحالة تامة ، أى أن يكون العائق الذى يصطدم به المدين مما لا يمكن التغلب عليه بأى حال ، فلا يكفى أن يصبح الوفاء بسبب ذلك صعبا أو مرهقا • وتقــدر استحالة الوفاء بالمعيـــار الموضوعى ، لا بالمعيار الشخصى ، أى باعتبار مقدرة أى شخص عادى اذا وجــد فى مكان المدعى عليه وفى مثل ظروفه الخارجية •

ويجب من حيث منشأ الحادث وأصله ، أن يكون خارجا عن ارادة المدعى عليه ، وألا يمكن اسناده اليه بأى حال ، وهو لا يعتبر كذلك متى كان من صنعه شخصيا أو من صنع الأشياء أو الأشخاص الذين عليـــه ضمانهم ، أو كان قد نشأ عن خطأ المدعى عليـــه أو خطأ من هم تحــت رعايته أو كان فى وسع المدعى عليه توقعه وتلافيه ، فقصر فى ذلك •

على أنه لا يكفى لاسناد الحادث الى المدعى عليـــه أن يكون فى امكانه توقعه ، بل لابد أيضا أن يكون توقع الحادث واجبا عليه ، لأن المرء غير مطالب بكل ما فى وسعه ، ولا يسأل عن استعمال حقه فى عدم اتخاذ تدابير معينة لتفادى وقوع الحادث ، لأنه اذا كان صحيحا أن المرء لا يلزم بالمستحيل فانه لا يقل عن ذلك صحة أنه لا يطالب بكـــل ما هو ممكن — اذا لم يكن ملزما به ، فيجب لكى يمكن اسناد الحادث الى المدعى عليه ، أن يكون هذا الأخير فى الأصل ملزما بتوقع الحادث وملزما أيضا بتفادى حصوله •

على أن المدعى عليه حتى لو لم يكن ملزما بتوقع حصول الحادث بل حتى لو لم يكن فى وسعه توقعه ، فان الحادث يمكن اسناده اليـــه لمجرد أنه لم يعمل على منع وقوعه اذا ثبت أن ذلك كان فى استطاعته رغم عدم توقعه اياه ، اذ لا يكفى لاعتبار الحادث أجنبيا عن المدعى عليه أن

يكون هذا الأخير غير ملزم بتوقع الحادث ولا أن يكون الحادث غير ممكن توقعه ، بل يجب أن يكون الحادث غير ممكن تفادى وقوعه أو غير ممكن درء آثاره

Inévitable quant à sa survenance et irrésistible quant à ses conséquences.

وفيما يتعلق بالاثبات ، الأصل أن مدعى القوة القاهرة أو الحادث الفجائى مكلف اثبات الوقائع المادية التى يدعيها ، واقامة الدليل على توافر الصفات القانونية التى تكفى لاعتبـارها حادثا فجائيـا أو قوة قاهرة • غير أنه مسلم من الوجهة العملية بأن بعض الحوادث تثبت له صفة القوة القاهرة الى أن يقوم الدليل على عكس ذلك ، وبأن البعض الآخر ، وهو الذى يحتمل أن يكون حادثا فجائيا أو يكون ناشئا عن خطأ أو اهمال ، لا تثبت له صفة القوة القاهرة الا باقامة الدليل على اقامة الركنين المكونين لها •

ومتى ثبت أن الضرر حاصل بقوة قاهرة ، وجب اخلاء المدعى عليه من المسئولية • غير أن بعض الشراح يرى أن حصول الضرر بقوة قاهرة لا يمنع أن يكون المدعى عليه قد اشترك فى احداثه بخطأ منه ، ويشترطون لاعفاء المدعى عليه من المسئولية أن يثبت أن القوة القاهرة هى السبب الوحيد فى وقوع الضرر ، وذلك باقامة الدليل على انتفـاء السببية من جهة المدعى عليه الى أن يقوم الدليل على عكس ذلك ، وانى أرى بالعكس من ذلك أن مجرد اثبات القوة القاهرة يحمل فى ذاته قرينـة على انتفاء السببية ويكفى لهدم المسئولية المفترضة ولاعفاء المدعى عليـه من هذه المسئولية •

وقد نص القانون فيما عدا الحادث الفجائى والقوة القاهرة على اعفاء أمين النقل من مسئوليته عن الأضرار الناتجة من وجود عيب فى كيان الشىء الذى تعهد بنقله ، وقاست المحاكم على ذلك خطأ مرسل البضاعة وخطأ المرسل اليه ، ثم عممت هذا القياس وطبقته على الخطأ

الذى يقع من أى دائن ، وأخيرا نقلته الى دائرة المسئولية التقصيرية وساوت بين خطأ المصاب وخطأ الدائن •

أما عن فعل الدائن ، فانه قد يكون خطأ ، وربما لا يكون فيه خطأ • ويعتبر خطأ الدائن سببا أجنبيا عن المدين يتضمن فى ذاته صفة انتفاء الاسناد • أما فعل الدائن الذى لا خطأ فيه ، فيشبه الحادث الفجائى ، ويشترط فيه لذلك ما يشترط فى الحادث الفجائى والقوة القاهرة من ضرورة انتفاء توقعه وتلافيه •

وسواء أكان فعل الدائن خطأ أم غير خطأ . فيشترط لاعتباره سببا أجنبيا أن تنشأ عنه استحالة الوفاء بالتعهد استحالة تامة ، ويختلف فى هذا الشأن الأثر المادى الذى يترتب على فعل الدائن اختلافا كبيرا • فانه قد يسبب استحالة الوفاء استحالة نهائية ، وربما لا تنشأ عنه الا استحالة مؤقتة بالنسبة للأجل المعين والشكل المتفق عليه ، كما أنه قد يقتصر أثره على جعل وفاء المدين بالتزامه أكثر صعوبة وأشد ارهاقا •

ففى الحالة الأولى يترتب على خطأ الدائن اعفاء المدين نهائيا ، وفى الحالة الثانية لا يعفى المدين الا من مسئوليته عن نتيجة التأخير فى تنفيذ ما تعهد به ، وفى كلتا الحالين يكون لخطأ الدائن من الأثر ما للقوة القاهرة • أما فى الحالة الثالثة فيترتب عليه اعفاء المدين من زيادة التكاليف الحادثة بخطأ الدائن •

ويعتبر اعذار الدائن مثل خطئه ، فيعد سببا أجنبيا عن المدين كافيا لاعفائه من مسئوليته عن نتيجة تأخير الوفاء بالتعهد ، ولكنه لا يعفيه من التعهد نفسه •

وكذلك فعل المصاب يجب أن يتوافر فيه ركنا السبب الأجنبى ، فيشترط أن ينتفى اسناده الى المدعى عليه وأن يكون الضرر ناشئا عنه •

ويعتبر فعل المصاب مسندا الى المدعى عليه ، وليس أجنبيا عنه ،

اذا حصل بتحريض منه ، أو من بعض من هم فى رعايته ، أو اذا كـان نتيجة لفعله المقصود أو غير المقصود ، أو كان يجب عليه توقعـه ، أو كان فى وسعه أن يتحاشى نتائجه الضارة فأمسك عن ذلك •

والأصل أن المرء يجب عليه توقع جميع الأعمـال العـادية ، أما الأعمال الشاذة ، فلا يكلف توقعها • وعلى ذلك يكون خطأ المصاب غير واجب على الفاعل توقعه ، ويعتبر فى ذاته سببا أجنبيا عن المدعى عليه • أما فعل المصاب الذى لا خطأ فيه ، فيجب على الفاعل توقعه ، وهو لذلك لا يعتبر سببا أجنبيا الا اذا ثبت انتفاء توقعه وانتفاء تحاشى نتائجه الضارة •

ويعتبر المصاب مخطئا اذا كان قد قصر فيما يجب عليه من الحيطة والتبصر ، أو لم يبذل كل ما فى وسعه لتلافى حصول الضرر ، بعد أن شعر بقرب وقوعه ، أو قصد أن يصيبه ضرر من فعل غيره أو عرض نفسه للخطر • ويعد رضا المجنى عليه بالحاق الأذى بنفسه مثل خطئـه ان كان رضاه غير مشروع • أما ان كان مشروعا فلا خطأ فيه وكذلك من ألحق بغيره ضررا بناء على رضاه ، يعتبر مخطئا ان كان رضا المصاب غير مشروع ، والا فلا خطأ عليه •

واذا كان فعل المصاب لا خطأ فيه ، لم يجز الدفع به الا فى حالات المسئولية المفترضة ، كالحال بالنسبة للحادث الفجائى والقوة القاهرة • أما خطأ المصاب فيجـوز الدفع به فى تلك الحالات وفى غيرها • فـاذا اشترك فى احـداث الضرر خطأ المصاب وخطأ الفـاعل ، وجب توزيع المسئولية بينهما مناصفة فيما نرى ، أو بنسبة خطأ كل منهما طبقا لـما جرت عليه المحاكم •

أما اذا كانت مسئولية المدعى عليه مفترضة افتراضا ، وجب اعفاؤه منها بمجرد اثباته أن الضرر وقع بخطأ المصـاب • وقد رأى فريق من الشراح أنه يجب لدفع المسئولية بخطأ المصاب أن يثبت المدعى عليـه

أيضا انتفاء السببية بين خطئه وما لحق المصاب من ضرر • ولكنا نعتبر ثبوت خطأ المصاب كافيا فى ذاته لاسقاط المسئولية المقررة بحكم القانون وافتراض انتفاء السببية من جهة المدعى عليه • وبناء على ذلك يجب اعفاء المدعى عليه اعفاء تاما مادام لم يثبت وقوع أى خطأ منه ، ذلك أن قرينة المسئولية غير قابلة للتجزئة ، فهى اما أن تبقى كاملة ، واما أن تسقط كلها • ولا سبيل الى توزيع المسئولية بين الفاعل والمصاب المخطىء الا اذا ثبت وقوع خطأ من أولهما •

واذا كان المصاب أيضا مفترضة مسئوليته ، فان كان الضرر قد أصابه وحده ، فلا عبرة بافتراض مسئوليته ، وان أصيب كل من الطرفين بضرر ، اعتبر كلاهما مصابا ، وجاز له التمسك بالمسئولية المقررة ابتداء على الطرف الأول •

ويشبه فعل الأجنبى فعل المصاب فى كثير من الوجوه ، فان كان خطأ اعتبر سببا أجنبيا مستقلا بذاته ، والا وجب أن تتوافر فيه صفتا الحادث الفجائى والقوة القاهرة من انتفاء لتوقعه وانتفاء لتلافيه • وفى كلتا الحالين يجب أن يكون الغير ليس ممن يجب على المدعى عليه ضمانهم ، اذ أن الأشخاص الذين يسأل عنهم المرء مسئولية تعاقدية أو تقصيرية لا يعتبرون أجانب عنه ، ويشترط فوق ذلك أن يكون الغير معينا ومعلوما • أما خطأ الغير الذى لم تعين شخصيته ، فيشبه الحادث الفجائى والقوة القاهرة ويجب أن يتوافر فيه ما يشترط فيها •

واذا كان المدعى عليه الذى يدفع المسئولية عن نفسه بخطأ الأجنبى مخطئا هو أيضا ، لم يقبل منه دفعه • وغاية الأمر أنه يكون له حق الرجوع على الأجنبى بجزء مما عوض به المصاب ، فان أدخل الأجنبى معه فى الدعوى ، حكم عليهما معا بالتضامن فيما بينهما تضامنا تاما أو ناقصا حسب الأحوال •

أما ان كانت مسئولية المدعى عليه مفترضة افتراضا ، كان خطأ الأجنبى كافيا لاسقاطها ، ولافتراض انتفاء السببية من جهته ، بغير

حاجة الى اثبات انتفاء توقع خطأ الأجنبى وانتفاء تلافيه ، اذ الأصل أن الانسان غير مكلف توقع أخطاء الآخرين ، فيجب على من يدعى خلاف ذلك أن يثبت أن خطأ الأجنبى كان فى موضوع هذه الدعوى بالذات ممكنا توقعه وتحاشى نتائجه الضارة •

وقد أصدرت المحاكم فى هذا الشأن كثيرا من الأحكام التى تبدو متناقضة فى ظاهرها ، ولكن تحليل تلك الأحكام أتاح لنا الكشف عن قاعدة ثابتة سارت عليها الأحكام باطراد ، وظهر لنا أن ما نسب الى المحاكم من تحولها من رأى الى آخر ، انما هو فى الواقع وحقيقة الأمر تطبيق تلك القاعدة الثابتة ، مع مراعاة بعض الظروف الخاصة بالدعاوى التى صدرت فيها تلك الأحكام ، وتتلخص تلك القاعدة الثابتة فى أن خطأ الأجنبى يعتبر كافيا بذاته لدفع المسئولية ، ما لم يقم الدليل على أنه كان فى وسع المدعى عليه أن يتوقع خطأ الأجنبى ، وأن يتحاشى نتائجه الضارة ، فقصر فى ذلك ، أما ان كان فعل الأجنبى لا خطأ فيه فانه لايعفى المدعى عليه ما لم يثبت أن ذلك الفعل كان غير ممكن توقعه ولا تلافى نتائجه الضارة •

من ذلك يبين أن مذهب محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بأسباب دفع المسئولية المدنية مذهب منطقى متماسك ومتكامل بالرغم من كل ما رمى به من تناقض وتعارض ، وهو جدير بكل تأييد ، وان المحاكم المصرية — بالرغم من أن نصوص قوانيننا أشد قصورا من نصوص القانون الفرنسى — قد استطاعت أن تطبق فى هذا الخصوص القواعد الصحيحة وأن تتفادى بذلك كل نقد •

ولكنا مادمنا بصدد تنقيح التقنينات المدنية تنقيحا شاملا ، وقد أسند اجراء هذا التنقيح الى نخبة من أقدر فقهائنا ، فان من المرغوب فيه أن يأخذ التقنين الجديد صراحة وفى عبارات لا تحتمل لبسا أو تأويلا بمبدأ دفع المسئولية باثبات السبب الأجنبى • ويجب أن يتم فيه تطبيق هذا المبدأ ، فى عبارات صريحة وواضحة فى كل المواضع التى تحتاج الى تطبيقه فيها ، بحيث يستبعد كل لبس ويسد كل قصور •

فى نظـرية دفع المسـئولية المدنيـة

رسالد دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة فى سنة ١٩٣٦

المقـــدمة

بقلم حضرة الأستاذ ليون مازو

أستاذ القانون المدنى بجامعة باريس وجامعة القاهرة (١٨)

حول أهوام سقارة سراديب وأبهاء عميقة ، قد تناثر فيها جذاذ من الأوانى القيمة ، التى أكسبها بعد العهد ، وطول الأمد ، قيمة تاريخية فوق شيمتها الذاتية ، وفى هذه الأجزاء المتناثرة يبذل المنقبون عن آثار الأقدمين الجهود لجمع أشتاتها ، وضم متفرقاتها ، وبأسلوب يجمع بين قوانين العلم وأحكام الفن يجعلون من كل طائفة متناسبة من تلك الأجزاء مجموعة متآلفة . وبيد صناع ماهرة يجعلون من المتناثر المختلف شكلا مؤتلفا ، يردونها به الى شكلهـا الذى سواها عليه صانعها القـديم فى العصور الغابرة ، والقرون الخالية .

ومثل الذين يغوصون فى أغوار البحث القانونى مثل هؤلاء المنقبين فى سقارة ، كلما أوغلوا فى البحث ، وأمعنوا فى الاستقراء اظلمت عليهم الآفاق ، وتشعبت بهم المسالك ، ووجدوا من الفروع نثيرا لا يحصى ، وهم فى محاولتهم ردها الى أصولها واستكناه أسبابها ، يقسمونها الى وحدات متجانسة ، ويلحقون الأشباه بأشباهها ، والأمثـال بأمثالها . وبعد جهد وأناة وصبر لا يستطيعه الا أولو العزم من الرجال يصلون

---

(١٨) منشورة كتقديم للرسالة فى النسخة الفرنسية وترجمة كـاملة لها فى النسخة العربية وفى جريدة الاهرام بعددها الصادر بتاريخ ١٩٣٦/٦/٦

الى تأليف مجموعة قد تناسبت أجزاؤها ، وتماسكت وحداتها ، والتقى فيها جلال الحقيقة ، وطرافة الكشف ، ومتانة البنيان ، والفن الرائع •

وكتاب الأستاذ سليمان مرقس الذى يبحث فيه نظرية أسباب دفع المسئولية المدنية (الحادث الفجائى والقوة القاهرة ، وفعل المجنى عليه ، وفعل الأجنبى) وليد ذلك النوع من المجهود الجبار •

فى هذا القرن الأخير زادت العناية بقواعد المسئولية المدنية • حتى صارت كما يقول الأستاذ جوسران حجر الزاوية وقطب الدائرة ، وكان من آثار ذلك أن حالت قواعد تلك المسئولية وتغيرت ، تابعة فى تغيرها لازدياد الأخطار والأحداث التى تتعرض فيها الأنفس للهلاك ، والأموال للتلف • ولقد صار اتجاهها الى مساعدة المجنى عليه ، وتسهيل الأسباب ليحصل على التعويض عما أصابه من ضر ، وما ناله من غرم • فلقد كان بمقتضى القاعدة المشهورة « البينة على من ادعى » ، لا يحصل على تعويض الا اذا أقام الدليل على الضرر الذى لحقــه ، وعلى خطأ الفاعل الذى سببه ، وأثبت أن ذلك الضرر من هذا الخطأ ، فكانت المســاعدة من طريق الكشف عن أنواع من الخطأ يعتبر فيها ثابتا بذاته ، لا يحتاج المدعى الى اقامة الدليل عليه ، كالخطأ الناشىء عن عدم الوفاء بالتعهد ، ولا سيما التعهد بسلامة الغير الذى يشتمل عليــه كثير من العقــود ، وكالخطأ الذى ينشأ عن فقد السيطرة على الحيوان أو الأشياء التى هى فى حراسة المدعى عليه • ولقد فرض فى تلك الأنواع أن الضرر ناشىء من ذلك الخطأ الثابت بذاته ، ولا يعفى المدعى عليه من تلك المسئولية المفروضة الا اذا أقام الدليــل على أن الضرر راجع الى سبب أجنبى عنه ، لا شأن له فيه • ولقد زيد فى التوسعة على المجنى عليه بالتضييق فى المقصود بالسبب الأجنبى الى أقصى درجات التضييق ، حتى صار لا يشتمل الا على خطأ المصاب والقوة القاهرة •

وبذلك تحقق المقصود من مساعدته ، وارتفع عنه عبء الاثبات ، وأصبح المدعى عليه لا يستطيع افلاتا من المسئولية الا اذا أثبت وقوع

خطأ من المصاب نفسه ، أو حصول الضرر بقوة قاهرة • ولما فى ذلك الاثبات من صعوبة ، أصبح من الحق علينا أن نتساءل : أليس الشخص المفروضة مسئوليته قد أضحى المغبون الحقيقى الذى تقع عليه تبعة أكثر الحوادث الضارة ؟

لذلك رأى بعض الشراح اسرافا فى الحماية التى منحها المجنى عليهم ، وبدأ انعكاس القصد من تلك الحماية يرسم اتجاها جديدا لوقف ذلك الاسراف • ولكتاب الأستاذ سليمان مرقس المقام الأول فى هذا الاتجاه الجديد ، فلم يساير الذين يرون الحد من دائرة السبب الأجنبى، بل اجتهد فى توسيع تلك الدائرة تسهيلا لاسقاط المسئولية • فبدأ بتعيين الأحوال التى يحتاج فيها الى دفع المسئولية بالسبب الأجنبى ، ثم حلل الأسباب الأجنبية الثلاثة وهى القوة القاهرة ، وفعل المصاب ، وفعل الأجنبى ، وبين أثرها مجتمعة ومنفردة فى دفع المسئولية ، وقد حلل كل ذلك فى دقة فائقة ، تنم على علم غزير •

الواقع أننا لسنا موافقين الأستاذ سليمان مرقس على آرائه فى كل المسائل ، ولكن هل يتسنى الاتفاق على مثل هذه المسائل البالغة أقصى حد من الدقة ؟ كلا ، ولذلك كان الذى يهمنا أكثر من حل تلك المسائل ، هو طريقة تعيينها ، وبيان ما فيها من صعوبة يراد حلها • وفى هذا قد وفق المؤلف كل التوفيق اذ استطاع فى لغة جزلة سهلة وعبارة واضحة أن يلقى شعاعا قويا على كل هذه المسائل ، ولم يترك شيئا منها فى الظلام ، فارتفع بذلك كتابه الى صف الكتب الممتازة التى تعد من الطراز الأول •

ولما كان المؤلف قد قام ببحث موضوعه فى القانونين الفرنسى والمصرى ، فقد أصبح كتابه لا غنى عنه لكل من أراد من رجال القانون فى هذين البلدين اجراء أى بحث فى السبب الأجنبى وأنواعه ، وهو فوق ذلك يذكر رجال القانون فى فرنسا بأنه توجد بلاد فى الناحية الأخرى من البحر الأبيض المتوسط يقوم فيها فقه وقضاء يعتبران بالنسبة للفقه والقضاء الفرنسيين كأنهما اخوان توأمان • فالمحاكم المصرية ، مهما يكن

الأمر ، قد سبقت المحاكم الفرنسية أحيانا فى سبيل التقدم ، واقتفت آثارها فى أكثر الأحيان • أما الفقه المصرى فانه بمجرد تكونه يثب وثبة واحدة ويرتفع الى المقام الأول ، وان هذا الكتاب وأمثاله لخير شاهد على ذلك ، فهذه المؤلفات المصرية الفذة خير ما كان يرجوه أساتذتنا الذين تعاقبوا مدى خمسين عاما على أرض مصر يدرسون فيها علم القانون للشبيبة المصرية الناهضة •

ليون مازو

الأستاذ بكلية الحقوق
بالجامعة المصرية وبجامعة جرينوبل

---

(١٩) انظر أيضا تقديما آخر للرسالة بقلم الاستاذ الدكتور محمد كامل مرسى عميد كلية الحقوق بجامعة القاهرة وقت تقديم الرسالة فى سنة ١٩٣٦ منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ١٩٣٦ القسم الثانى باللغة الفرنسية ص ٣٧ وما بعدها ، ومذيل بمقتبسات من تقارير لكبار أساتذة القانون فى فرنسا ، ومنشورة ترجمته باللغة العربية فى المجلة ذاتها ص ١٠٠ الى ١٠٣ ، وفى مجلة المحامى ، السنة الثانية العدد الخامس والعشرون بتاريخ ١١ يناير ١٩٣٧ .

القسم الثانى

بحوث وتعليقات على الأحكام

فى مسائل أخرى من مسائل القانون المدنى

قوة المحررات العرفيــة فى الاثبــات وحجية تاريخهــا على الوارث الذى يطعن فيهــا بصدورها فى مرض الموت (*)

١ — أهمية موضوع المحررات الصادرة من المورث فى مرض موته :
اذا توفى شخص عقب مرض يعتبر مرض الموت ، وكان قــد تصرف فى بعض ماله بعقود عرفية غير ثابتــة التاريخ ، فطعن الوارث فى هــذه العقود ببطلانها لصدورها من المورث فى مرض موته ؛ تعين عليه أولا أن يثبت هذا المرض ، وأن يعين مدته على وجه التحــديد ، وبناء على ذلك لا تنفذ فى حقه عقود مورثه التى تحمل تاريخــا يقع فى فتــرة المرض الأخير • ولكن ماذا يكون الحكم بالنسبة للعقود التى تحمل تاريخا سابقا على فترة المرض ؟ لو كان لهذه العقود تاريخ ثابت بوجه رسمى طبقــا للمــادة ٢٢٩ مدنى ، فلا شك فى نفــاذها فى حق الوارث • أما وقــد افترضنا أن العقود غير ثابتة التاريخ ، فيجوز التساؤل فيما اذا كان تاريخها العرفى غير الثابت يعتبر حجة على الوارث كما كان حجة على مورثه (المادة ٢٢٧ مدنى) باعتبار الأول خلفا للثانى ،أم يحسب الوارث بالنسبة لهذا التاريخ من طبقة الغير بالمعنى المقصود فى المادة ٢٢٨ ، فلا يعتبر هذا العقد بالنسبة اليه سابقا على مرض الموت ولا ينفذ فى حقه ، دون حاجة به الى اقامة الدليل على حقيقة هذا التاريخ ووقوعه فى فترة المرض •

وظاهر أن القــول بالرأى الأول من شأنه تسهيل الاحتيــال على القانون الذى أعطى الورثة حقوقا معينة فى أموال مورثهم (أنظر المواد

(*) منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة عشرة عدد مارس وأبريل ومايو سنة ١٩٤٤ ص ٢٥١ وما بعدها .

٢٥٤ مدنى وما بعـدها وأحكام الشريعة الاسلامية المتعلقـة بالوصية وبتصرفات المريض مرض الموت) ، اذ أنه يمكن المورث من تقديم تاريخ التصرفات الصادرة منه فى مرض الموت ، فيجعلها بذلك حجة على ورثته ، نافذة فى حقهم ، ضارة بهم ، ولم يكن يجوز أن تنفذ فى حقهم ، ولا أن تضر بهم •

كما أن القول بالرأى الثـانى ليس بأقل خطورة من الأول ، لأنه يسمح للوارث اذا كان المورث قد مرض فترة بسيطة قبل موته (والغالب أن يسبق الموت مرض) ، أن يتمسك بالمادة ٢٢٨ ليجعل جميع تصرفات المورث التى يمكن أن تكون قد صدرت منه فى أى وقت طوال حيـاته غير نافذة فى حقه لمجرد عدم ثبوت تاريخها بوجه رسمى •

لذلك لا يكون مستغربا أن تختلف الأحكام فى هذا الشأن ، بل هى قد اختلفت بالفعل ، فأخـذ بعضها بالرأى الأول ، وأخـذ بعض آخر ومعظم الشراح بالرأى الثانى • وأخيرا قررت محكمة النقض بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٤١ « أن الوارث يعتبر من الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من المورث اذا كان التصرف قد صدر فى مرض الموت اضرارا بحقه فى الميراث ، فاذا كان التاريخ المدون فى ورقة التصرف سابقا على بدء مرض الموت وغير ثابت رسميا ، فان كل ما يكون للوارث هو أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح ، وأن العقد انمـا أبرم فى مرض الموت » (المحاماة ٢٢ — ٦٦١ — ٢٢٧ ، وأنظر بهذا المعنى أيضا نقض ٢٣ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ — ٨٧٩ — ٣٧١ ، المجمـوعة ٤٢ — ٤١٢ — ١٩٣ ، القانون والاقتصاد ١١ — ٣ — ١٩ — ٢٦) •

وواضح من هذا الحكم أن محكمة النقض تعتبر الوارث من الغير بالنسبة لتصرفات مورثه المتوفى عقب مرض ، ولكنها لا تكتفى منه بمجرد تمسكه بعدم ثبوت تاريخ هذه التصرفات ثبوتا رسميا طبقا لما تقضى به المادتان ٢٢٨ و ٢٢٩ ، بل تتطلب منه اقامة الدليل على أن التاريخ العرفى لهذه التصرفات غير صحيح ، وان تاريخها الصحيح يقع فى فترة المرض •

وقد يظهر بادى الرأى أن محكمة النقض أخذت فيمـا ذهبت اليه بحل وسط من شأنه أن يتلافى عيوب الرأيين السابقين من الناحية العملية على الأقل • ولكن بالتأمل يتضح أن مذهب محـكمة النقض — وان كان فى ظاهره يقرب من الرأى الثـانى من حيث انه يعتبر الوارث من الغير — لا يخرج فى الحقيقة عن الرأى الأول فى شىء • وهو الرأى الذى نراه أقرب الى الصواب •

لذلك نرى أن نقرر المبادىء التى تحكم هذا الموضوع أولا ، ثم نناقش الأحكام الصادرة فى شأنه على ضوء هذه المبادىء •

— ١ —

تقـــرير المبـــادىء

٢ — النصوص : بين المشرع قيمة المحرر الرسمى من حيث الاثبات فى المـادة ٢٢٦ /١٣١٩/٢٩١ مدنى • ثم نص فى المـادة ٢٩٢/٢٢٧/ ١٣٢٢ على أن المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بهـا ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء Les écrits s.s.p. font la même preuve entre les parties وأضاف الى ذلك فى المادة ٢٩٣/٢٢٨/ ١٣٢٨ قوله : « أن المحـررات غير الرسمية لا تكون حجـة على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا ثبوتا رسميا » • وقد بينت المادة ١٣٢٨/٢٩٤/٢٢٩ طرق ثبوت التاريخ ثبوتا رسميا •

ويظهر من هـذه النصوص أن العقـد العـرفى يكون حجة على المتعاقدين به كالعقد الرسمى بشرط واحـد هو عدم انـكار كتابته أو امضائه ، وقد يفهم منها أيضا أنه لا يكون حجة على غير المتعاقدين مطلقا الا اذا توافر فيه شرط آخر هو ثبوت تاريخه ثبوتا رسميا •

غير أن المشرع لم يقصد ذلك ، وانما قصـد فقط أن تكون حجية

المحرر العرفى بتاريخه مختلفة عن حجيته ببقية البيانات الواردة فيـه ، فقرر قواعـد عامة تبين حجية المحرر بالنسبة لموضوعه ، ثم خرج على هذه القواعد فى تعيين حجية المحرر العرفى بتاريخه • فيتعين علينـا أن نعرض أولا هذه القواعد العامة ، ثم نردفهـا بالحكم الخاص بحجية التاريخ •

أولا : القواعد العامة فى حجية المحررات العرفيـة

٣ ـ حجية المحررات بالنسبة للأشخاص وبالنسـبة للموضوع : تقول المـادة ٢٢٧ فى نصها العربى أن المحررات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء ، ولكنها لا تذكر شيئا عن مدى هذه الحجية • أما النص الفرنسى لهذه المادة ، فيستفاد منه أنه جعل للمحررات العرفية المعترف بهـا ما للمحـررات الرسمية ـ الوارد حكمها فى المادة ٢٢٦ ـ من حجية أو قوة فى الاثبات فيما بين الطرفين على الأقل ، حيث يقول :

Les écris s. s. p. font la même preuv entre les parties — (que les actes authentiques).

وهذا يطابق ما نص عليه المشرع الفرنسى فى المادة ١٣٢٢ (١) •

فيجدر بنا أن نعين أولا حجية المحرر الرسمى ، لنعرف مدى حجية المحرر العرفى ، مبتـدئين فى ذلك بالقـانون الفرنسى ، ثم بالقـانون المصرى •

بين المشرع الفرنسى حجية المحرر الرسمى فى المادة ١٣١٩ حيث نص فى الفقرة الأولى منها على ما يأتى :

Art. 1322 C. c. f. : L'acte s. s. p., reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu a, entre ceux qui l'on souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique».

«L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants CAUSE

ويستفاد من ظاهر هذا النص أمران : (١) ان العقد الرسمى حجة على المتعاقدين وورثتهمـا وخلفهما ، (٢) وان هـذه الحجية مطلقـة pleine foi

وقد أجمع الشراح على نقد عبارة هذا النص فيمـا يتعلق بكـلا الأمرين ، فيجب علينا أن نعين ، على ضوء آرائهم ، مدى حجية المحرر بالنسبة للأشخاص وبالنسبة للموضوع •

٤ ــ القاعدة فى حجية المحرر بالنسبة للأشخاص : ففيمـا يتعلق بذكر الأشخاص الذين يعتبر العقد الرسمى حجة عليهم ، انتقد الشراح عبارة القانون اذ قصرت هذه الحجية على المتعاقدين والورثة والخلف • وقالوا انها عبارة ناقصة ، لأن العقد الرسمى ليس حجة بما دون فيه على هؤلاء الأشخاص فحسب ، بل هو حجة بذلك على جميع الناس • فلا يستطيع أى شخص يواجه بعقد رسمى أن ينكر صدور هذا العقـد عن الموظف المختص الذى قام بتحريره ، ولا أن ينكر شيئا مما ورد فيه على لسان ذلك الموظف • فالواقع أن العقد الرسمى حجة على الكـافة erga omnes

وقد تأثر المشرع المصرى بهذا النقد ، فنص فى المادة ٢٩١/٢٢٦ على أن المحررات الرسمية تكون حجة على أى شخص contre toute personne.

هذا بالنسبة للمحررات الرسمية • أما بالنسبة للمحررات العرفية ، فقد رأينا أن المشرع الفرنسى جعل لها ما للمحررات الرسمية من حجية

---

(٢) ديمولومب جـ ٢٩ نبذة ٢٧٣ وما بعدها ، لوران جـ ١٩ نبذة ١٣٤ ، هيك جـ ٨ نبذة ٢٢٨ ، بودرى لاكانتيزى جـ ٤ نبذة ٢٣٤٥ ، كولان وكابيتان جـ ٢ نبذة ٤٥٠ ، دى باج جـ ٣ ص ٦٦٩ •

بالنسبة لموقعيها وخلفهما وورثتهما (المادة ١٣٢٢) • وقد انتقد الشراح هذا التحديد أيضا كما انتقدوه فى شأن المحررات الرسمية ، وقالوا ان المحرر العرفى مادام معترفا به من موقعه يعتبر واقعة قانونية لها وجود بالنسبة للكافة ، فلا يستطيع انكاره أحـد ، ويجب أن يكون حجة على الجميع بالرغم من التحديد الوارد فى المادة ١٣٢٢ الذى يجب أن يصرف النظر عنه كما يصرف عن مثيله الوارد فى المـادة ١٣١٩ ، ولا سيما أن تقاليد القانون الفرنسى القديم كانت كلها تقضى بذلك ، ولا يوجد فى الأعمال التحضيرية ما يدل على أن واضعى القانون أرادوا العدول عن هذه التقاليد • واستدل الشراح على ذلك أيضا بنص المادة ١٣٢٨ التى تقول ان المحررات العرفية لا تكون حجة بتاريخها على الغير الا من وقت ثبوت هذا التاريخ بوجه رسمى ، اذ رأوا فيه استثناء من قاعدة عامة تجعل المحرر العرفى حجة على الكافة بما دون فيه (٣) •

أما المشرع المصرى ، فالظاهر أنه شغل بهـذا الاستثناء الخاص بحجية المحرر بتاريخه عن حجيته ببقية مشتملاته ، ففرق بين المتعاقدين والغير ، ولكنه جعل هـذه التفرقة واردة على حجية المحـرر كله ، غير مقصورة على حجيـة التاريخ • فنص فى المـادتين ٢٢٧ و ٢٢٨ على أن المحررات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء ، لكنها لا تكون حجة على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا ثبوتا رسميا •

ويظهر من هـذه النصوص أن حجية المحررات العرفية بذاتهـا مقصورة على المتعاقدين ، وأنه لا تكون لهـذه المحررات أية حجية على الغير الا اذا كان لها تاريخ ثابت • غير أنه لا يمكن التسليم بهذا المعنى الظاهر :

---

(٣) أنظر الموسوعة العملية للقانون البلجيكى تحت كلمة preuve نبذة ١٠٣ •

(١) لأن المحــرر العرفى المعتــرف به ــ كمــا يقــول الشراح الفرنسيون ــ واقعة قانونية لها وجود ثابت بالنسبة للكافة ، فلا يمكن قصر ثبوتها على المتعاقدين دون غيرهما •

(٢) ولأن الأشخاص المقصودين بالغير فى المادة ٢٢٨ هم ــ كمــا سنبين ذلك فيما بعد ــ الخلف الخاص ومن يلحق بهم ، أى الأشخاص الذين ترتب لهم حق متعلق بمال معين لأحــد المتعاقدين بحيث يؤثر فى حقهم التصرف المدون فى المحرر لو ثبت حصوله قبل نشوء حقهم • فاذا كان القانون قد نص على حجية المحررات العرفية على هؤلاء الأشخاص بشرط ثبوت تاريخها ، واذا كان قــد قصر حجية المحررات بغير هــذا الشرط على المتعاقدين دون سواهما ، فماذا يكون حكم المحررات العرفية بالنسبة للخلف العام وللدائنين ؟ أيكون معقولا التقيد بالتفسير الضيق للمادتين ٢٢٧ و ٢٢٨ والقول بأن هذا النوع من المحررات ليست له أية حجية على الخلف العــام والدائنين ، لا بذاته ، ولا حتى بشرط ثبوت تاريخه ؟ كلا بل ان الواجب اعتبار المحرر العرفى ــ بالرغم من قصور نص المادة ٢٢٧ ــ حجة على الكافة ، فيما عدا الأشخاص المقصودين بالمادة ٢٢٨ •

(٣) ولأننا سنرى انه حتى بالنسبة لهؤلاء الأشخاص المقصودين بالغير فى المادة ٢٢٨ يكون المحرر العرفى حجة بذاته ، ولا يحتــاج الى ثبوت تاريخه بوجه رسمى الا لامكان الاحتجاج بتاريخه فقط • فمثــلا اذا صرفنا النظر عن أحكام قانون التســجيل يكون الدائن المرتهن من الغير الذين يجوز لهم التمسك بالمادة ٢٢٨ بالنسبة لعقــد البيع العرفى الصادر من الراهن ، فلا يمكن الاحتجاج عليه بتاريخ البيع ، ولكن هذا لا يمنع المشترى من الاحتجاج عليه بحصول البيع ومن اعتبــار نفسه حائزا للعقار المرهون ، مع ما يترتب على ذلك من ثبوت حق التطهير له ، ومن وجوب اتخاذ الاجراءات ضده •

اذن يمكننا أن نقرر القاعدة الأولى وهى أن المحرر العرفى يعتبر فى

القانون المصرى وفى القانون الفرنسى على السواء حجة بما دون فيه ، لا على موقعيه ومن يمثلانهم فحسب ، بل على الكافة من الناحية النظرية على الأقل (الا فيما يتعلق بتاريخه غير الثابت بوجه رسمى) •

٥ ــ القاعدة فى حجية المحرر بالنسبة لموضوعه :

أ ــ فى المحرر الرسمى : نصت المادة ١٣١٩ فقرة أولى مدنى فرنسى على أن للمحرر الرسمى حجية كاملة أى قوة اثبات مطلقة •••
L'acte authentique fait pleine foi..

وقد انتقد الشراح هذه العبارة لأنها توحى أن المحرر الرسمى لا يجوز الطعن فى صحته بأى حال ، مع أن الفقرة الثانية من المادة ١٣١٩ ذاتها تفترض امكان حصول الطعن فيه بالتزوير ، وقالوا ان عبارة الفقرة الأولى لم يقصد بها الا انشاء قرينة قانونية على صحة المحرر الرسمى ، هى قرينة غير قاطعة ، اذ يمكن هدمها عن طريق الطعن بالتزوير •

وقد أخذ المشرع المصرى بهذا التفسير ، فنص فى المادة ٢٢٦ على أن « المحررات الرسمية ••• تكون حجة على أى شخص ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها ••• » •

ولكن أيكون معنى ذلك أن كل ما دون بالمحرر الرسمى يعتبر حجة لا يقبل دحضها الا عن طريق الطعن بالتزوير ؟ كلا ، بل ان الشراح فرقوا فى ذلك بين أمرين : (١) سلامة المحرر المادية ومطابقته لما أريد تدوينه به la réalité de l'écrit وحقيقة ما دون به la sincérité des déclarations واعتبروا المحرر الرسمى فيما يتعلق بالأمر الأول حجة لا يقبل هدمها الا عن طريق الطعن بالتزوير ، أما فيما يتعلق بالأمر الثانى ، فان حجيته يجوز هدمها بكافة طرق الاثبات طبقا للقواعد العامة (٤) •

---

(٤) انظر لوران ج ١٩ نبذة ١٣٣ •

ويدخل فى الأمر الأول صحة توقيع الموظف الرسمى الذى جرى تحرير العقـد باسمه ، والبيانات الواردة فى المحـرر على لسان هـذا الموظف مما قام به بنفسه أو عاينه أو سمعه من الطرفين اللذين حضرا أمامه والتاريخ الذى وضعه على العقد لأنه أيضا من عمله • فكل هـذا لا يمكن انكاره الا عن طريق الطعن بالتزوير •

أما من حيث حقيقة الأقوال التى أدلى بها الطرفان الى الموظف العمومى ، فقام بتدوينها بناء على ما سمعه منهما ، فليس لهذا الموظف اختصاص فى تحريها ، وكان يجب ألا تكون لهذه الأقوال أية حجية ، ولكن لأنها دونت بناء على طلب الطرفين تكون حجة عليهما وعلى الكافة الى أن يصير اثبات عكسها طبقا للقواعد العامة (٥) •

وقد أخذ المشرع المصرى بهذه التفرقة اذ نص فى المادة ٢٢٦ على أن المحررات الرسمية تكون حجة على أى شخص ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة المأمور المحرر لها •

..Font preuve contre toute personne jusqu'à inscription de faux des constatations faites par l'officier rédacteur.

فدل بذلك على أنه قصد أن يبين أن حجيـة المحرر الرسمى ليست مطلقة ، وأن البيانات التى حققها الموظف الذى قام بتحرير العقد تكون حجة الى أن يطعن فيها بالتزوير ، وأن غير ذلك من البيانات لا يخلو من حجية ، وانما يكون اثبات عكسه طبقا لقواعد الاثبات العادية •

ب — فى المحـرر العرفى : أما المحرر العرفى ، فيختلف عن المحرر الرسمى فى أن الأخير يعتبر فى ذاته حجة على صدوره من الموظف الذى حرر باسمه ، بينما الأول لا تكون له هـذه الحجية الا اذا اعتـرف به

---

(٥) انظر المراجع المشار اليها فى المجموعة العملية للقانون البلجيكى تحت كلمة اثبات Preuve نبذة ٩٨ ونبذة ١٠٣ •

موقعه ، وفيمـا عدا ذلك تكون له نفس الحجية التى للمحـرر الرسمى (المادة ٢٢٧/٢٩٢/١٣٢٢) الا فيما يتعلق بحجيـة تاريخه على الغير طبقا للمادة ٢٢٨/٢٩٣/١٣٢٨ .

فالمحرر العرفى المعترف به يكون حجة على الكـافة بصدوره من موقعه وبسلامته المادية الى أن يطعن فيـه بالتزوير (٦) . فاذا ادعى شخص أن المحرر العرفى لم يصدر من الشخص المنسوب اليه توقيعـه بالرغم من اعتراف هذا الأخير بتوقيعه ــ أو ان عبارة معينة أو تاريخـا للمحرر لم يكن موجودا وقت التوقيع بل أضيف بعد ذلك ، فلا يجوز له أن يثبت دعواه الا بسلوك سبيل الطعن بالتزوير .

أما من حيث حقيقة المدون فى المحرر العرفى ، أو بعبارة أخرى من حيث مطابقة المدون فى المحرر للواقع الذى جرى بين الطرفين ، فيمكن القول ــ اذا صرفنا النظر مؤقتا عن نص المادة ٢٢٨ ــ أن المحرر العرفى يكون حجة قابلة لاثبات العكس طبقا للقواعد العامة .

فما هى القواعد العامة المتعلقة باثبات عكس ما فى المحرر ؟ لا شك فى أن اثبات عدم حقيقة المدون فى المحرر هو أقرب ما يكون الى الطعن بالصورية . ومن قواعد الصورية أنه اذا ادعى أحد الطرفين بصورية العقد وجب عليه اثبات الحقيقة بالكتابة ، لأنه لا يجوز اثبات عكس المكتوب الا بمكتوب مثله ، ما لم يكن المحرر قصد به الغش أو الاحتيال على القانون فيجوز اثبات عكسه بكافة الطرق (٧) . أما الغير ، فيجوز لهم فى جميع الأحوال اثبات العكس بكافة الطرق ، لوجود المانع لديهم من الاستحصال على كتابة (٨) .

---

(٦) انظر استئناف مختلط ١٧ ابريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٣٢١) ، فرونن تحت لفظ عقد عرفى نبذة ٣ ، ديمولومب جـ ٢٩ نبذة ٣٨٠ ، لوران جـ ١٩ نبذة ٢٩٢ .

(٧) أنظر استئناف مصر ٢٥ ابريل ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ص ٥٦٤ .

(٨) ديمولومب جـ ٢٩ نبذة ٣٨٢ ، بلانيول وريبير جـ ٧ نبذة ١٣٨٢ ، =

جـ — تعيين الغير بالنسبة للصورية : فمن هم « الغير » الذين يجوز لهم فى جميع الأحوال اثبات الصورية بكافة الطرق ؟ — هم من الناحية النظرية على الأقل كـل الأشخاص الذين لم يوقعوا المحرر ولم يكونوا ممثلين فى توقيعه . فيخرج بذلك موقع المحرر ، واذا كان الموقع نائبا عن غيره يخرج أيضا الأصيل (كالموكل بالنسـبة لتوقيع الوكيل ، والقاصر بالنسبة لتوقيع الوصى ، والمحجور عليه بالنسبة لتوقيع القيم ، ومالك المال الموضوع تحت الحراسة بالنسبة لتوقيع الحارس ، والدائن الذى يستعمل الدعوى غير المباشرة عن مدينه الخ) ، ويخرج كـذلك الخلف العام لموقع المحرر أى ورثته لأنه يمثلهم (٩) ، وخلفه الخاص الذى تلقى

= دى باج جـ ٣ نبذة ٧٦٧ ، ٨٧٩ ب والدكتور محمد على عرفه فى حجيـة المحررات العرفية فى الاثبات مجلة القـانون والاقتصـاد السنة العـاشرة ص ١٥٩ .

(٩) ولكن يلاحظ أن محكمة النقض لا تعتبر الورثة ممثلين فى شخص مورثهم الا اذا كان هذا المورث لم يتصرف اضرارا بهم . أما ان تصرف بقصد الاضرار بهم ، فانه يكون خصما لهم ، ولا يمكن اعتباره ممثلا لهم . فاذا طعنوا فى تصرفه بالصورية وجب اعتبارهم أجانب عن العقد المطعون فيه ، وجاز لهم ان يثبتوا مطاعنهم بكافة الطرق . وقـد عللت ذلك محكمة النقض بأن « الشريعة الاسلامية قد جعلت للوارث ابان حياة مورثه حقا فى ماله ينحجز به المورث عن التصرف بالوصية لوارث . وهذا الحق يكون كامنا ولا يظهر فى الوجود ولا يكون له أثر الا بعد وفاة المورث ، وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الانفصال عن شخصية المورث فى كل ما يطعن به الوارث على تصرفات المورث الماسة بحقه وتنطبق عليه كما تنطبق على الاجنبى عن المورث أحكام القانون الخاصة بالطعن على تصرفات المورث ، فيحق له اثبات مطاعنه بكل طـرق الاثبات ...... » (نقض ٢٧ فبراير ١٩٣٦ المحاماة ١٦ — ٨٧٨ — ٤٠٢) .

وبناء على ذلك قررت فى حكم آخر انه لا يعتبر الوارث قائما مقام المورث فى حجية التصرف الصادر منه لاحد الورثة الا اذا خلا هذا التصرف من كـل طعن . اما اذا كان فى هـذا التصرف مسـاس بحق وارث فى التركة غشا وتدليسا وتحيلا على مخالفة احكام الارث ، ففى هـذه الحالة ينعدم تمثيل الوارث لمورثه ويعتبر اجنبيا عنه ، ويباح له اثبات صحة طعنه بكافة الطرق (نقض ١٥ ابريل ١٩٣٧ المحـاماة ١٧ — ١١٥٢ — ٥٨٣ ، وانظر ايضـا استئناف مصر ٢١ مايو ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ٣٠٠ — ١٢٧) .

غير انى أرى انه مادام الاصل ان الوارث يعتبر ممثلا فى شخص مورثه ، فاذا ادعى الوارث أن تصرفا معينا صدر من مورثه صوريا بقصد الاضرار =

منه حقا متعلقا بموضوع العمل القانونى المدون فى المحرر بعـد صدور ذلك العمل القانونى • أما الدائنون العاديون ، فانهم ، وان كانوا يتأثرون بتصرفات مدينهم بقدر ما تؤثر فى ذمته المالية وفيما لهم من حق الضمان العام على هذه الذمة ، قد توجد لهم مصالح تتعارض مع مصلحة مدينهم وتجعل منهم رقباء عليه وخصوما له فى بعض الأحيان ، فهم تارة يلحقون بالخلف العام ، وتارة يعتبرون من الغير •

وبناء على ذلك يقتصر فريق « الغير » على : (١) الخلف الخاص لكل من وقع المحرر اذا كان صدور العمل القانونى المدون فى المحرر تاليا لانتقـال الحق الى الخلف ، (٢) ودائنى موقع المحـرر اذا اختصموا مدينهم فى حقيقة موضوع المحرر (١٠،١١) •

هؤلاء فقط هم من الناحية العملية المقصودون « بالغير » الـذين يجوز لهم اثبات الصورية فى جميع الأحوال بكافة الطرق • ويقـابلهم موقعو المحرر وخلفهم العام وخلفهم الخاص بالنسبة للمحررات السابقة

= به ، فان مجرد ادعائه ذلك لا يبرر قطع الصلة بينـه وبين مورثه ولا يفيـد اعتباره اجنبيا عنه طالما أن قصد الغش لم يثبت ، بل يقع عليه عبء اثبات الغش الذى سيترتب عليه انقطاع التمثيل بينه وبين مورثه . ويكون شأنه فى ذلك بالنسبة للصورية شأن المتعاقدين أنفسهما وخلفهما العام ، فـاذا أبيح له الاثبات بكافة الطرق فلا يكون ذلك لاعتباره من الغير ، بل لان الواقعة التى يطلب اثباتها تنطوى على غش .

(١٠) انظر جوسران ج ٢ نبذة ٣٢٧ ثانيا ، بلانيول ج ٢ نبذة ١١٩٥ ، السنهورى فى نظرية العقد ص ٨٣١ نبذة ٧٥٥ وما بعدها ، والدكتور عرفة ص ١٦١ .

ويلاحظ انه من الناحية النظرية يعتبر ايضا من الغير بالنسبة للصورية كل شخص ليست بينه وبين موقع المحرر صلة ما . ولكن نظرا لان الدعوى او الطعن مقيدة بالمصلحة ، ولان الاشخاص الذين لا تربطهم بموقعى المحرر اية صلة لا توجد لهم مصلحة فى الطعن فى حقيقة المحرر ، فلا يقبل منهم هذا الطعن ولا يعتبرون من الناحية العملية داخلين فى طبقة الغير بالنسبة لحقيقة المحرر .

(١١) يضاف الى ذلك طبقا لرأى محكمة النقض فريق الورثة الـذين يكون التصرف الصورى حاصلا اضرارا بحقوقهم (انظر الصفحة السـابقة هامش ٩) .

لحقه ، وهم لا يجوز لهم اثبات خلاف المدون فى المحرر الا بالكتابة ، فيما عدا حالة الغش أو الاحتيال على القانون •

وبناء على ذلك نستطيع أن نجمل القاعدة بشأن حجية المحررات العرفية بالنسبة لموضوعها فى أن المحرر العرفى المعترف به حجة بوجوده وبسلامته الى أن يطعن فيه بالتزوير ، وأنه حجة بحقيقة ما دون فيه الى أن يثبت عكسه ، وأن اثبات العكس لا يجوز من أحد موقعى المحرر الا بالكتابة فيما عدا حالة الغش ، ويجوز من الغير بكافة الطرق •

ثانيا : القاعدة الخاصة فى شأن حجية المحرر العرفى بتاريخه

٦ ــ النصوص الخاصة : تاريخ المحرر هو أحد البيانات المدونة فيه ، وهو فى المحرر الرسمى من عمل الموظف المختص ، فيكون حجة على الكافة ، ولا يطعن فى صحته الا بالتزوير • أما فى المحرر العرفى ، فهو من عمل موقعيه ، وكان يجب طبقا للقواعد العامة أن يكون حجة بحقيقته على الكافة الى أن يثبت عكسه وفقا لتلك القواعد ذاتها •

غير أن المشرع وقف من تاريخ المحررات العرفية موقفا خاصا ، خرج به عن تلك القواعد العامة ، فنص فى المادة ٢٢٨/٢٩٣/١٣٢٨ على أن هذه المحررات « لا تكون حجة على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا ثبوتا رسميا » (١٢) •

ويؤخذ من هذا النص أن المشرع قسم الأشخاص بالنسبة لحجية التاريخ العرفى الى فريقين :

---

(١٢) لاحظنا على هذا النص ان به عيبا ظاهرا من حيث انه يوحى أن المحرر العرفى لا يكون حجة على الغير بشىء مطلقا ما لم يكن له تاريخ ثابت ، مع ان الواقع ان المحرر العرفى يكون حجة بوجوده على الكافة بمجرد اعتراف موقعه به ودون حاجة الى ثبوت تاريخه ثبوتا رسميا ، ولذلك نرى أن عبارة المادة ١٣٢٨ فرنسى أقرب الى اداء الغرض المقصود من عبارة المادة ٢٢٨/ ٢٩٣ مصرى حيث تقول :

Les actes s.s.p. n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été entre gistrés..

(١) فريق المتعاملين بالمحرر العرفى ومن يلحق بهما • وهؤلاء يكون المحرر العرفى حجة عليهم بتاريخه ، ولكن هذه الحجية ليست مطلقة ، بل هى قابلة لاثبات العكس ، فيعتبر التاريخ العرفى صحيحا بالنسبة لهؤلاء الأشخاص الى أن يتمكنوا هم من اثبات عدم صحته طبقا لقواعد الاثبات العامة (١٣) •

(٢) وفريق « الغير » ، وهم الأشخاص الذين أراد المشرع حمايتهم ، فجعل تاريخ المحرر العرفى لا يحتج به عليهم الا اذا كان ثابتا بوجه رسمى • هؤلاء الأشخاص يكتفى منهم بأن يتمسكوا بعدم ثبوت التاريخ رسميا ، حتى يعتبر ذلك التاريخ كأنه غير موجود أصلا ، ولا يقع عليهم أى عبء من الاثبات فى هذا الشأن ، بل انه لا يجوز لمن يتمسك بالمحرر العرفى ضد هذا الفريق من الأشخاص أن يثبت هو صحة تاريخ ذلك المحرر ، مادام التاريخ ليس ثابتا بأحد الأوجه المبينة فى المادة ٢٢٩ •

ولكن يلاحظ أن معنى الغير فى عرف المادة ٢٢٨ مسلم بأنه يختلف عن المقصود بالغير فى مواضع أخرى كثيرة ، بل هو يختلف حتى عن « الغير » فى الطعن بالصورية • فاذا أردنا تحديد هذا المعنى وجدنا الأمر ليس بالهين ، فلا هو متفق على تعريفه ، ولا الشراح وضعوا له معيارا يصلح أن يكون أساسا لقاعدة عامة ، بل نجدهم اختلفوا فى كثير من التطبيقات •

وانى أرى أنه مما يسهل مهمة تعيين « الغير » فى عرف المادة ٢٢٨ تحرى أهمية التاريخ فى المحررات ، وبيان الحكمة التى قصد اليها المشرع من وراء هذا النص •

---

(١٣) أنظر استئناف مختلط ١٢ ديسمبر ١٩١٨ ب ٣١ ص ٦٨ ، ٣ يونيه ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٤٥٢ •

٧ — أهمية التاريخ فى المحررات ، وحكمة تشريع المادة ٢٢٨ :

الأصل فى الأعمال القانونية أنها ، متى توافرت فيها شروط صحتها ، تنتج أثرها بقطع النظر عن تاريخ حصولها ، فيتقيد بها المتعاقدان ولو لم يكن لها تاريخ ، وكذلك ينصرف أثرها مهما كان تاريخها الى الخلف العام ، ويتعدى الى الدائنين الذين ليس لهم الا حق الضمان العام •

أما الخلف الخاص ، فقد رأينا أن لهم وجهين ، فهم من الخلف بالنسبة للأعمال السابقة على حقهم ، ومن الغير بالنسبة للأعمال اللاحقة ، أى أن نفاذ التصرف القانونى فى حقهم يتوقف على تعيين تاريخه ، ومن ثم كانت لهذا الفريق من الأشخاص مصلحة جوهرية فى تعيين تاريخ التصرفات الصادرة من السلف بشأن موضوع الحق الذى تلقوه منه ، وفى الطعن فى صحة هذا التاريخ ولو مع التسليم بصحة التصرفات ذاتها، وكانوا معرضين لنوع من الغش ، سهل وقوعه عظيم خطره ، هو الغش الذى يقع من السلف بتقديم تاريخ تصرف تال لحق الخلف وجعله سابقا على هذا الحق حتى ينصرف أثره الى الخلف ، ويحتج عليه بالمحرر الذى تضمنه (١٤) • فاذا طبقنا القواعد العامة على هذه الحالة ، كان المحرر حجة على الخلف الخاص بكل ما دون به ، بما فى ذلك تاريخه ، ووقع عليه هو عبء اثبات عدم صحة التاريخ الذى يحمله المحرر وتعيين حقيقته • ولكن المشرع رأى أن سهولة تقديم التاريخ ، وجسامة ما يترتب على ذلك من ضرر بالنسبة للخلف الخاص ، وصعوبة عبء الاثبات الذى تلقيه عليه القواعد العامة ، كل ذلك يقتضى تنظيم حماية استثنائية للخلف الخاص ومن فى حكمه ضد هذا النوع من الغش السهل • ولتحقيق هذه الحماية نص على الاستثناء الوارد فى المادة ٢٢٨ (١٥) •

---

(١٤) انظر ديمولومب جـ ٢٩ نبذة ٥٢٦ ، وتعليق لابيه على حكم استئناف Caen ٢٨ مايو ١٨٧٩ سيرى ١٨٨٠ — ٢ — ٢٨١ •

(١٥) قارن الدكتور عرفة فى بحثه السالف الاشارة اليه ص ١٧١ •

واستنادا الى حكمة التشريع هذه يمكننا (أولا) أن نحـــدد دائرة تطبيق هذا النص الاستثنائى ، و (ثانيا) أن نستبعد الأشخاص الذين لم يوضع هـــذا النص لحمايتهم ، و (ثالثا) أن نبين الأشخاص الـــذين تقررت هذه الحماية لأجلهم ، و (رابعا) أن نستنبط من كل ذلك التعريف الجامع المانع للغير فى عرف المادة ٢٢٨ •

٨ ـــ دائرة تطبيق المادة ٢٢٨ : تنطبق المادة ٢٢٨ على المحررات العرفية ، أى على الأوراق الموقعة التى أعدت لتكون دليـــلا كاملا بمـــا تضمنته ، فهى لا تنطبق على اثبات تاريخ العقـــود الشفوية ، ولا على الأوراق التى لا تعتبر الا مبدأ ثبوت بالكتابة •

ويشترط أن يكون العمل القانونى الذى أعـــد المحرر لاثباته عملا مدنيا ، اذ أن الأعمال التجارية لا تخضع فى اثباتهـــا الى قواعد القانون المدنى ، ومنها نص المادة ٢٢٨ (١٦) •

ويشترط أيضا أن يكون هذا العمل القانونى المدنى غير خاضع لأى نظام خاص ، كالتسجيل مثلا ، يترتب عليه ثبوت تاريخه بحكم هـــذا النظام (١٧) •

٦ ـــ الأشخاص الـــذين لا يســـتفيدون من نص المـــادة ٢٢٨ :
لا يستفيد من نص المادة ٢٢٨ الأشخاص الـــذين وقعوا المحرر والذين كانوا ممثلين فى توقيعه • وقد أجمع الشراح على أنه يدخل فى هذه الفئة الأخيرة الأصيل بالنسبة للمحرر الذى وقعـــه نائبه ، والورثة بالنســـبة للمحرر الموقع من مورثهم ، واختلفوا فى شأن الدائنين بالنسبةللمحررات الموقعة من مدينهم (١٨) •

---

(١٦) جوسران جـ ٢ نبذة ١٩٠ فقرة ثانية .
(١٧) بلانيول وريبير جـ ٧ نبذة ١٤٨٦ ، دى باج جـ ٣ نبذة ٧٩٢ ، جوسران جـ ٢ نبذة ١٩٢ .
(١٨) انظر فى هذا الخلاف دى باج جـ ٣ نبذة ٧٩٣ وما بعدها والمراجع المذكورة فيه .

هؤلاء الأشخاص يعتبر المحرر العرفى حجة عليهم بتاريخه ، غير أن هذه الحجية ليست مطلقة ، بل هى لا تختلف عن حجية المحرر بباقى ما دون به من بيانات ، أى انه يجوز لهؤلاء الأشخاص اقامة الدليل على عدم صحتها طبقا للقواعد العامة ٠

فاذا وقع القاصر محررا عرفيا دون فيه حصول عقد كان يحتاج فيه الى الأهلية الكاملة ، فأرخه بتاريخ تال لوقت بلوغه سن الرشد ، أو وقع المحجور عليه محررا أرخه بتاريخ سابق على توقيع الحجر ، فان التاريخ الذى يحمله المحرر يكون حجة على كل منهما بعد بلوغ الرشد أو رفع الحجر عنه ، فاذا أراد أيهما أن يطعن فى صحة هذا التاريخ ، كان الأصل ألا يقبل منه ذلك الا بالدليل الكتابى ، ولكن نظرا لأن الأمر المراد اثباته من شأنه اثبات الاحتيال على القانون ، فيجوز لهما اثباته بكافة الطرق (١٩) ٠ وقد قضت بذلك محكمة استئناف مصر فى حكمين لها صادرين من دائرتين مختلفتين بتاريخ ٢٧ نوفمبر ١٩٢٨ (المحاماة ٩ — ٧٠ — ٤٧ والمحاماة ٩ — ٧٢ — ٤٨) (٢٠) ٠

---

(١٩) فوزييه هرمان المادة ١٣٢٨ نبذة ٥ الى ٧ ٠

(٢٠) وقد وردت فى الحكم المنشور فى المحاماة تحت رقم ٤٨ (وهو الصادر من دائرة مصطفى محمد وبهى الدين بركات واحمد امين) العبارة الاتية : « وحيث انه لا نزاع فى أن التاريخ العرفى للعقود حجة على المتعاقدين فيها ، وفى انه لا يرجع للتاريخ الثابت الا فيما يتعلق بالغير . ولكن محل ذلك اذا لم يثبت حصول غش أو تواطؤ بين المتعاقدين فى اثبات تاريخ غير صحيح للهرب من احكام القانون » ٠

وورد فى الحكم المنشور تحت رقم ٤٧ (دائرة زكى برزى وعبد الباقى زكى القشيرى وعلى عبد الرازق) ما يأتى : « وحيث ان الاصل هو أن المحررات الغير رسمية تكون حجة على المتعاقدين ما لم يحصل انكار الكتابة او الامضاء ، وحيث ان هذه القاعدة ، بل وكافة القواعد القانونية ، لا يعمل بها الا فى حالة الغش والتواطؤ ، وحيث انه من المقرر علما وعملا ان كافة المحررات العرفية التى لم يكن لها تاريخ ثابت سابق على الحجر يجوز للقيم على المحجور عليه ، كما يجوز للمحجور عليه نفسه اذا بلغ رشده أو زالت عنه اسباب الحجر أن يطعن فيها بأن التاريخ الموضوع عليها قد وضع على غير حقيقته وحصل تقديمه ، وحيث انه تطبيقا للمبدأ القائل بأن الغش لا يصح ان يؤخذ بطريق الظن والتخمين ، بل لابد من اقامة الدليل عليه ، يكون اثبات =

كذلك حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا وقع الوكيل أو القيم ، بعد عزل أى منهما ، محررا عرفيا أرخه بتاريخ سابق على عزله من التوكيل أو من القوامة ، فان هذا التاريخ يكون حجة على الموكل أو على القيم التالى حتى يثبت عدم صحته . ولكنها نظرا لأن ما يراد اثباته فيه احتيال على القانون أجازت للموكل وللقيم التالى اثبات حقيقة التاريخ بكافة الطرق (٢١) .

فاذا توفى القاصر أو الموكل أو المحجور عليه ، حل محله ورثته ، وكان حكمهم من حيث جواز طعنهم فى صحة التاريخ حكم مورثهم فى ذلك . وقد أخذت بذلك محكمة النقض بتاريخ ١٣ فبراير ١٩٤١ حيث قررت أن « التاريخ العرفى المعترف به من المورث يكون دائما حجة على الوارث حتى يقيم الدليل على عدم صحته اذا كانت له مصلحة خاصة فى ذلك . ومادام هو لم يقدم الدليل على صحة هذا التاريخ ولم يطلب احالة الدعوى الى التحقيق ليثبت بجميع الطرق القانونية صدور العقد فى تاريخ معين ، فأخذ المحكمة بالتاريخ الوارد فى العقد لا مخالفة فيه

= عكس التاريخ الموضوع على العقد واقعا على عاتق المحجور عليه الذى زالت اسباب الحجر عنه أو على عاتق القيم عليه ، ولهما ان يثبتا ذلك بكافة طرق الثبوت بما فيها البينة والقرائن » .

وقد يفهم من هذه الحيثيات أن المحكمة تعتبر للتاريخ العرفى فيما بين الطرفين حجية مطلقة ، اى انه لا يجوز نقضها بالدليل العكسى الا فى حالة الغش أو التواطؤ . ولكن حقيقة الامر ان المحكمة كان همها منصرفا الى وقائع الدعويين ، وهى وقائع منطوية على الغش ، للوصول الى الحل القانونى فى هذه الوقائع بالذات ، فأصابت الحل الصحيح فى شأن حجية التاريخ العرفى وجواز اثبات الغش فيه بكافة الطرق .

(٢١) أنظر بالنسبة للموكل استئناف مختلط ٧ يونيه ١٩٢٨ (٤٠ ص ٤١١) ، دى هلتس كلمة نبذة ٧٠ ، وبالنسبة للمحجور عليه أو القيم التالى استئناف مختلط ٩ يناير ١٩٣٠ (٤٢ ص ١٦٥) ، وانظر ايضا ٦ مايو ١٩١٥ (٢٧ ص ٣٢٥) ، ١٢ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٦٨) ، ٣ يونيه ١٩٢٢ (٣٤ ص ٤٥٢) ، دى هلتس نبذة ٦٩ ، وراجع بهذا المعنى ايضا أحكام المحاكم الفرنسية فى فوزييه هرمان المادة ١٣٢٨ نبذة ١١ الى ١٩ ونبذة ٢٦ — ٢٧ .

للقانون » (٢٢) •

أما الدائنون العاديون الذين ليس لهم الا حق الضمان العـام ، فمادام لم يترتب لهم حق خاص متعلق بمـال معين من أموال مدينهم ، فيتعدى اليهم أثر تصرفات المـدين من حيـث انه يزيد أو ينقص فى مشتملات ذمته المالية بصرف النظر عن تاريخ هده التصرفات وكونهـا سابقة أو تالية لحق الدائنين • فلا خطر عليهم من تقـديم التاريخ أو تأخيره ، اذا كان التصرف مسلما بحصوله • فاما أن يطعنوا فى صـحة المحرر من حيث حقيقـة التصرف المدون فيـه أو حقيقة أركانه ، فيقع عليهم عبء اثبات الحقيقة ، واما أن يسلموا به ، فيتقيدون به ويكون المحرر حجة عليهم بكل ما دون به ، بما فى ذلك تاريخه (٢٣) •

كذلك لا يستفيد من نص المادة ٢٢٨ الأشخاص الذين لا تربطهم بأحد من المتعاقدين صلة ما ، اذ أنه بالنسبة لهؤلاء الأشخاص يعتبـر المحرر العرفى حجة بما دون به من الناحية النظرية فقط • أما من الناحية العمليـة فلا يتصور أن تكون لهم مصلحة فى الطعن فى حقيقتـه ولا فى حقيقة تاريخه حتى يحتاجوا الى الحماية التى قررها المشرع فى المـادة ٢٢٨ (٢٤) •

١٠ ــ الأشخاص المقصودون بالغير فى المادة ٢٢٨ : فاذا استبعدنا كل هؤلاء الأشخاص ، لم يبق الا الخلف الخاص ومن فى حكمهم ، وهم

---

(٢٢) مجلة القانون والاقتصاد ١١ ــ ٣ ــ ٢٣ ــ ٣٢ ، وانظر فى هذا المعنى دى هلتس نبذة ٧١ ، وديمولومب جزء ٢٩ نبذة ٥٢١ ، وفوزييه هرمان المادة ١٣٢٨ نبذة ٣٢ الى ٣٧ ، والدكتور عرفة ص ١٦٣ •

(٢٣) نقض فرنسى ٢٨ يونيـه ١٨٧٥ سيرى ١٨٧٥ ــ ١ ــ ٣٠٩ ، دالوز ١٨٧٥ ــ ١ ــ ٤٦٩ ، أوبرى ورو جـ ١٢ ص ٢٣٥ ، بلانيول وريبير جـ ٧ نبذة ١٤٨٤ ، دى هلتس كلمة actes نبـذة ٧٨ ، والدكتور عرفة ص ١٦٤ ، قارن دى باج جـ ٣ نبذة ٧٩٣ و ٧٩٤ رابعا •

(٢٤) بلانيول وريبير جـ ٧ نبذة ١٤٨٤ ، وانظر تعليقات فوزييه هرمان الجديدة على القانون المدنى سنة ١٩٣٨ المـادة ١٣٢٨ نبـذة ٤ والمراجع المذكورة فيها ، قارن دى باج جـ ٣ نبذة ٧٩٣ ب •

الأشخاص الذين تلقوا من السلف حقا متعلقا بمال معين من أمواله • هؤلاء هم الوحيدون الذين يختلف مركزهم بالنسبة لتصرفات السلف المتعلقة بذات المال الذى ترتب لهم حق فيه تبعا لتاريخ تلك التصرفات • فهم يعتبرون من الخلف بالنسبة لهذه التصرفات اذا كانت سابقة على ثبوت حقهم ويتعدى اليهم أثرها ، ويعتبرون من الغير بالنسبة لآثار التصرفات اللاحقة ولا تتعدى اليهم هذه الآثار •

فاذا كان تاريخ تلك التصرفات ثابتا بوجه رسمى ، فان ذلك يكفى لتعيين مركز هؤلاء الأشخاص بالنسبة لأثر تلك التصرفات من حيث اعتبارهم خلفا أو غيرا • أما اذا كان تاريخها غير ثابت ، فيخشى أن يقدم التاريخ المدون فى المحرر المثبت لها عن حقيقته — اضرارا بهؤلاء الأشخاص — لجعلهم من الخلف حيث كان يحق لهم أن يعتبروا من الغير •

لذلك وضع المشرع القاعدة الواردة فى المادة ٢٢٨ ، وبمقتضاها أنشأ ، فيما يتعلق بالمحررات العرفية التى ليس لها تاريخ ثابت ، قرينة قانونية قاطعة على أن الشخص الذى تلقى من أحد موقعى المحرر حقا ثابتا متعلقا بمال معين من أمواله يعتبر من الغير لا من الخلف بالنسبة لأثر التصرفات المدونة فى تلك المحررات ، أو بعبارة أخرى ان المشرع افترض فرضا غير قابل لاثبات العكس أن التصرف المدون فى المحرر العرفى الذى ليس له تاريخ ثابت هو فى الحقيقة لاحق لثبوت حق الخلف الخاص ، ولو كان ذلك المحرر يحمل تاريخا سابقا • فلا يجوز لمن يتمسك بالمحرر العرفى غير ثابت التاريخ أن يطلب الاذن له باثبات حقيقة ذلك التاريخ بغير الطرق المنصوص عنها فى المادة ٢٢٩ (٢٥) • وقد طبق المشرع هذه القاعدة فى باب الايجار اذ نص فى المادة ٣٨٧/٤٧٤ على أن الايجار يفسخ ببيع الشىء المستأجر اذا لم يكن لسند الايجار تاريخ ثابت بوجه رسمى سابق على تاريخ البيع الثابت رسميا •

---

(٢٥) دى هلتس كلمة actes نبذة ٧٣ •

اذن الأشخاص المقصودون بالغير فى المادة ٢٢٨ هم أولا وقبل كل شىء الخلف الخـاص الذين تلقوا من أحـد موقعى المحرر حقا ثابتـا متعلقا بموضوع التصرف المدون فى المحرر الذى ليس له تاريخ ثابت • ويكتفى منهم بأن يثبتوا الحق الذى تلقوه ، فلا يحتج عليهم بتـاريخ المحرر العرفى المثبت لتصرف متعلق بموضوع هذا الحق (٢٦) •

ولكن أينفرد الخلف الخاص بهـذا المركز الممتاز ، أم أن هنـاك أشخاصا آخرين يمكن أن يوجدوا فى مثل هذا المركز ؟•

من البدهى أن المتعاقدين لا يمكن أن يوجدوا فى مثل هذا المركز ، وكذلك الأصلاء بالنسبة للنـائبين عنهم فى توقيع المحرر ، ومن الواضح أيضا أن الورثة أى الخلف العام يكون ثبوت حقهم فى الارث تاليا لجميع تصرفات المورث ، اذ بوفاة المورث تصبح جميع المحررات الصادرة منه ثابتة التاريخ قبل الوفاة ، أى قبل ثبوت حق الورثة ، فلا يكون الورثة فى مثل مركز الخلف الخاص • والدائنون أيضا مادام ليس لهم الا حق الضمان العام على ذمة مدينهم المالية ، فانهم لا يكونون فى مثل مركـز الخلف الخاص (٢٧) •

أما اذا أوقع الدائنون الحجز على مال معين من أموال مدينهم ، سواء كان هذا المال منقولا أو عقارا أو دينا لمدينهم فى ذمة الغير ، فقد رتب القانون على الحجز حبس هذا المال ووضعه تحت يد القضاء على ذمة الدائنين الحاجزين حتى يستوفوا من ثمنه حقوقهم (٢٨) •

---

(٢٦) أنظر فوزبيه هرمان على المادة ١٣٢٨ نبذة ٣٩ — ٤٦ •
(٢٧) دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٤ رابعا •
(٢٨) بودرى ج ٤ نبذة ٢٣٥٩ ، بلانيول وريبير ج ٧ نبذة ١٤٨٤ ، كولان وكابيتان ج ٢ نبذة ٤٥٤ ، دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٤ ب ، دى هلتس كلمـة actes نبذة ٧٨ ، وأنظر المادة ٤٧١ مرافعات والمواد ٥٤٣ مرافعات وما يليها ، وراجع الدكتور محمد حامد فهمى فى تنفيـذ الاحـكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية سنة ١٩٣٧ نبذة ١٨١ ونبذة ٢٥٨ ونبذة ٢٣٣ =

ومعنى حبس المال المحجوز على ذمة الدائن تعلق حق الدائن بالمال المحبوس • فالدائن الحاجز يترتب له بحكم القانون حق خاص على المال المحجوز ، فيوجد بذلك فى مثل مركز الخلف الخاص (٢٩) • ويثبت مثل هذا الحق الخاص أيضا لكل دائن يتدخل فى اجراءات التنفيذ بعد توقيع الحجز على مال معين ، أو يقوم بأى اجراء يرتب عليه القانون ما يترتب على الحجز من حقوق •

فيجدر بنا أن نعرض حالات الدائنين العاديين المختلفة التى يعتبرون فيها من الغير بالمعنى المقصود فى المادة ٢٢٨ •

اذا أوقع الدائن حجزا تنفيذيا على مال منقول من أموال مدينه ، فانه يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العوفية الصادرة من مدينه بشأن هذا المال بالذات ، كعقد بيع مثلا (٣٠)

واذا أوقع الدائن حجزا على عقار للمدين وسجل هذا الحجز (فى القانون المختلط) أو سجل ضده تنبيه نزع الملكية (فى القانون الأهلى) ، فلا يصح الاحتجاج عليه بالعقود العرفية الصادرة من مدينه بشأن هذا العقار الا اذا كان لها تاريخ ثابت سابق على تسجيل الحجز أو على تسجيل تنبيه نزع الملكية (٣١) •

= وما يليها ، وعبد الفتاح السيد واحمد قمحة فى التنفيذ سنة ١٩٢٤ ص ٢٤٩ و ص ٣٨٤ وما يليها .

(٢٩) انظر استئناف مختلط ٢٥ مارس ١٩٣٦ (٤٨ ص ١٩٩) المحاماة ١٧ — ٩٣٦ — ٤٧٣ ، والدكتور عرفة ص ١٦٥ .

(٣٠) انظر بودرى جـ ١٥ نبذة ٢٣٦٠ ب ، لوران جـ ١٩ نبذة ٣٢٣ ، دى باج جـ ٣ نبذة ٧٩٤ ، وتعليقات فوزييه هرمان الحديثة على المادة ١٣٢٨ نبذة ٥٩ وما يليها ، السنهورى فى الموجز ص ٦٦٩ نبذة ٦٣٨ ، نشأت فى الاثبات ص ١٢٢ نبذة ٢٠٢ .

(٣١) نقض مدنى مصرى ١٩ يناير ١٩٣٣ القانون والاقتصاد ٣ — ٧٣ — ٩٠ ومجموعة القواعد القانونية ١ — ١٦٥ — ٩٣ ، ٦ يونيه ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ — ٧٥٨ — ٢٨٢ ، السنهورى فى الموجز ص ٦٦٩ نبذة ٦٣٨ ، ونشأت فى الاثبات ص ١٢٣ نبذة ٢٠٢ ، والمراجع الاخرى السابقة .

واذا أوقع الدائن حجزا على مال المـدين لدى الغير ، فلا يجوز الاحتجاج عليه بتاريخ الأوراق العرفية الصادرة من مدينه بشأن هذا المال (والغالب أن يكون دينا) الا اذا كان هـذا التاريخ ثابتـا بوجه رسمى • فمثلا لا يجوز للمحجوز لديه أن يتمسك قبل الدائن الحـاجز بتاريخ محررات عرفية يستند اليهـا فى اثبـات ابرائه من الدين ، أو استبدال الدين ، أو حصول مقاصة بينه وبين دائن آخر ، الا اذا كـان هذا التاريخ ثابتـا بوجه رسمى ، وهـذا هو الرأى الغـالب فى الفقه الفرنسى (٣٢) • ولا يستثنى من ذلك الا المخالصات الصادرة من المحجوز عليه للمحجوز لديه عن الدين المحجوز ، اذ أنه من المسلم به فقها وقضاء أنها تكون حجـة بتاريخها على الدائن الحـاجز بالرغم من عـدم نص القانون على ذلك (٣٣) • وقـد حار الفقهاء فى تعليل هـذا الاستثناء ؛ ولكنهم سلموا جميعا بضرورته من الناحية العملية ، نظرا لمـا كان يقع على المدينين من ارهاق لو ألزموا بتسجيل تاريخ المخالصات التى تعطى لهم عن كل قسط يسددونه من ديونهم • ولم يجدوا سندا لهذا الاستثناء الا الرجوع الى تقاليد القانون الفرنسى القديم وعدم توافر أى دليـل على أن واضعى قـانون نابليون قـد قصـدوا الخروج على هـذه التقاليد (٣٤) •

أما المحاكم الفرنسية ، فلم تعتبر الدائن الحاجز فى هذه الحالة من

---

(٣٢) بودرى جـ ١٥ نبـذة ٢٣٦٠ ب ، أوبرى ورو جـ ١٢ نبذة ٧٥٦ والهامش ١٢٢ ، هيك جـ ٨ نبذة ٢٥١ ، وانظر فى الفقه البلجيكى لوران جـ ١٩ نبذة ٣٢٤ ، ودى باج جـ ٣ ص ٧٤٣ ، وتعليقات Belrjens على القـانون المدنى البلجيكى المادة ١٣٢٨ نبذة ٥٦ و ٥٧ ، وفى الفقه المصرى دى هلتس actes نبذة ٧٩ ، وقارن نشأت فى الاثبات ص ١٢٥ نبذة ٢٠٣ و ٢٠٣ مكرر•

(٣٣) ديمولومب جـ ٢٩ نبذة ٥٣٩ ، بودرى جـ ١٥ نبذة ٢٣٧٨ ، بلانيول وريبير جـ ٧ نبذة ١٤٨٦ ، هيك جـ ٨ نبذة ٢٥٦ ، جوسران جـ ٢ نبذة ١٩٠ ، كولان وكابيتان جـ ٢ نبذة ٤٥٥ ، دى باج جـ ٣ نبذة ٧٩٢ ، نشأت نبذة ٢٠٣ ، دى هلتس نبذة ٧٩ ، نقض فرنسى مدنى ٢٩ أكتوبر ١٨٩٠ سيرى ١٨٩١ — ١ — ٣٠٥ دالـوز ١٨٩١ — ١ — ٤٧٥ ، استئناف مصر ٢٢ ينـاير ١٩٣٦ المحاماة ١٧ — ١١٦ — ٥٧ ، استئناف مختلط ٣ يونيه ١٩٢٦ (٣٨ ص ٤٦٣)•

(٣٤) انظر ديمولومب جـ ٢٩ نبذة ٣٩ والمراجع الاخرى السابقة • وقارن الدكتور عرفة ص ١٦٦ •

الغير (٣٥) • والظاهر أنها تأثرت فى ذلك باعتبارين : أولهما عملى ، والثانى فقهى •

فمن الناحية العملية ، كانت المحاكم تشعر بضرورة جعل المخالصات التى يتمسك بها المحجوز لديه ضد الدائن الحاجز حجة بتاريخها على هذا الأخير ، دون التفات الى ما لهذه الحجية من صفة استثنائية كما رأينا • ومن الناحية الفقهية رأت أن الدائن الحاجز انما هو فى الواقع يستعمل حق مدينه قبل مدين المدين ، فيعتبر نائب عنه كما فى الدعوى غير المباشرة ، ولا يصح اعتباره من الغير •

ولكن يرد على هذا الاعتبار الأخير بأن الدائن الحاجز — ولو أنه يطالب بحق مدينه ويعتبر الى حد ما خلفا له على هذا الحق — انما يطالب بهذا الحق لنفسه ويوقع الحجز عليه لمصلحته ضد مدينه ، ويرتب له القانون من وقت هذا الحجز حقا خاصا يتعلق بالمال المحجوز عليه تحت يد الغير ، مظهره حبس ذلك المال عن المدين المحجوز عليه • ولا فرق فى ذلك بين الحاجز تحت يد الغير والحاجز على منقولات أو عقارات مملوكة للمدين ، فكلاهما يصبح فى مثل مركز الخلف الخاص ، أى أنه يتوقف اعتباره خلفا أو غيرا على ثبوت تاريخ التصرفات الصادرة من مدينه ، فيستفيد من الحماية التى قررتها المادة ٢٢٨/٢٩٣/١٣٢٨ •

وقد أخذت بذلك المحاكم البلجيكية (٣٦) •

والمشرع نفسه قد أورد فى باب الحوالة نصا يدل على انه يعتبر الدائن الحاجز تحت يد الغير من الأشخاص الذين لا يحتج عليهم بتاريخ

---

(٣٥) نقض فرنسى ٢٩ أكتوبر ١٨٩٠ السابق الاشارة اليه ، وانظر ايضا استئناف مختلط ٢ يناير ١٩٣٠ (٤٢ ص ١٤٠) •

(٣٦) جان Gand ٢٦ نوفمبر ١٨٩٠ بازيكريزى بلج ١٨٩١ — ٢ — ٨٥ •

المحرر العرفى ما لم يكن ثابتا بوجه رسمى • فقد نص فى المادة ٣٤٩/ ٤٣٦/١٦٩٠ على أن حوالة الحق لا تنقل ملكية الحق المحال به بالنسبة لغير المتعاقدين الا من وقت قبول المدين اياها بورقة ثابتة التاريخ أو من يوم اعلانه بها اعلانا رسميا • فاذا أوقع زيد حجزا على ما لمدينــه بكر لدى محمد ، وحول بكر حقه قبل محمد الى أحمد برضاء محمد ، فان أحمد لا يجوز له التمسك بالحوالة ضد زيد الا اذا كان رضاء محمد بها ثابت التاريخ بوجه رسمى قبل توقيع الحجز • أما اذا لم يثبت تاريخ ذلك الرضاء بوجه رسمى ، أو أثبت ولكنه كان تاليا لتاريخ الحجز ، فانه لا ينفذ فى حق الدائن الحاجز (٣٧) •

ومن المعلوم أن توقيع أى حجز من هذه الحجوز الثلاثة لا يكسب الدائن الحاجز امتيازا يتقدم به على الدائنين الآخرين فى استيفاء دينه من ثمن المال الذى أوقع الحجز عليه ، بل يدع الباب مفتوحا أمام كــل واحد من الدائنين الآخرين ، كى يتدخل اذا شاء فى اجراءات التنفيذ فى أية لحظة قبل تسليم ثمن المحجوز عليه الى الدائن الذى أوقع الحجز (أو قبل وضع قائمة التوزيع) ، ويستفيد مثله من حبس المال المحجوز عليه ، ويعتبر مثله من الغير الذين يجوز لهم التمسك بالمادة ٢٢٨ ، فلا يحتج عليه بتاريخ الأوراق العرفية الصــادرة من مدينه بشأن المــال المحجوز عليه (٣٨) •

فاذا كان احد هؤلاء الدائنين يدعى لنفسه حق التقدم على غيره فى استيفاء دينه من المال المحجوز عليه ، فان المحررات العرفية التى يستند اليها فى ثبوت حق التقدم له لا تكون نافــذة فى حق الدائنين الآخــرين المتدخلين فى اجراءات التنفيذ الا اذا كانت ذات تاريخ ثابت بوجه رسمى فى الوقت المناسب •

---

(٣٧) انظر دى هلتس actes نبذة ٨٠ •

(٣٨) انظر استئناف مختلط ٧ يونيه ١٩٣٨ (٥٠ ص ٣٥٢) •

وقد طبق القانون ذلك فى باب رهن المنقول حيث نص فى المـادة ٥٤٩/٦٧٢ على أن هذا الرهن لا ينفذ فى حق الغير الا اذا كان بسند ذى تاريخ ثابت بوجه رسمى • فاذا أوقع الحجز على المـال المرهون ، جاز لكل واحد من الدائنين العاديين المتدخلين فى اجراءات التنفيذ أن يعتبر نفسه من الغير ، فلا يحتج عليه بتاريخ الرهن ما لم يكن ثابتا بوجـه رسمى (٣٩) •

كذلك اذا كان أحد الدائنين يتمسك بحق اختصاص تقـرر له على المال المحجوز عليه بناء على حكم غيابى قبله المحكوم عليه فامتنع سقوطه بمضى ستة أشهر ، فان هذا الدائن لا يستطيع أن يحتج ، على الدائنين الحاجزين ، بتاريخ المحرر العرفى المثبت لقبول المحكوم عليه هذا الحكم الا اذا كان هذا التاريخ ثابتـا بوجه رسمى ، لأنهم يعتبرون من الغير بالنسبة لهذا التاريخ (٤٠) •

وينطبق ذلك أيضـا اذا زاحم الدائنين المشتركين فى اجـراءات التنفيذ شخص يتمسك بأنه ـ بصفته كفيـلا للمدين فى دين مضـمون برهن ـ قد أدى عنه هذا الدين وحل محل الدائن المرتهن فى التأمينات . فان عقد الكفالة الذى يستند اليه فى الحلول لا يمكن أن يفيده الا اذا كان سابقا على وفائه الدين ، فلا يحتج بتاريخه على الدائنين الآخرين الا اذا كان ثابتا بوجه رسمى (٤١) •

نصت المـادة ٤٦٠ مدنى أهلى على أنه يجـوز لأرباب الـديون

---

(٣٩) بودرى جـ ١٥ نبـذة ٢٣٦١ ، أوبرى ورو جـ ١٢ ص ٢٣٩ ، بلانيول وريبير جـ ٧ نبذة ١٤٨٤ ، كولان وكابيتان جـ ٢ نبذة ٤٥٤ ، نشأت نبذة ٢٠٩ .

(٤٠) استئناف مختلط ٦ مارس ١٩٣٤ (٤٦ ص ١٩٨) ، ٢٥ مـارس ١٩٣٦ (٤٨ ص ١٩٩) المحاماة ١٧ ـ ٩٣٦ ـ ٤٧٣ ، نشأت نبذة ٢١٠ ، هيك جـ ٨ نبذة ٢٥٠ والمراجع الاخرى السابقة .

(٤١) ديمولومب جـ ٢٩ نبذة ٥٥٣ ، بودرى جـ ١٥ نبذة ٢٣٦١ ، جوسران جـ ٢ نبذة ٨٩٠ ، نشأت نبذة ٢١١ .

الشخصية التى على أحد الشركاء أن يعارضوا فى اجراء القسمة عينا وفى بيع المال بغير دخولهم فى ذلك • وخولت المادة ٥٥٧ مختلط مثل هذا الحق أيضا لدائنى الشركة ذاتها ، واعتبرت المادة ٥٥٨ مختلط « المعارضة الحاصلة منهم أو من أرباب الديون التى على أحد المتقاسمين الآخرين •• بمثابة حجز ما للمدين لدى الغير » • وبناء على ذلك يعتبر من الغير بالمعنى المقصود فى المادة ٢٢٨ الدائن الذى أعلن معارضته فى القسمة أى انه لا يجوز الاحتجاج عليه بتاريخ المحررات العرفية الصادرة من مدينه بالتصرف فى نصيبه فى الشركة (٤٢) •

أما اذا رفع الدائن دعوى القسمة باسم مدينه بناء على المادة ١٤١/٢٠٢/١١٦٦ ، فيرى أكثر الشراح أن الدائن اذ يستعمل الدعوى غير المباشرة يعتبر نائبا عن مدينه ، فلا يمكن اعتباره من الغير فى عرف المادة ٢٢٨ ، بل يحتج عليه بتاريخ المحررات العرفية الصادرة من مدينه بالتصرف فى المال الشاع (٤٣) • ولكن يؤخذ على هذا الرأى أنه يؤدى الى القول بأن القانون يمنح الدائن الذى يكتفى باعلان معارضته فى القسمة حماية أكثر من التى يمنحها للدائن الذى يرفع دعوى القسمة بنفسه ، فى حين أن الواجب يقضى بألا تقل حمابة هذا عن حماية ذاك • وعندى أن عيب هذا الرأى راجع الى الخطأ فى تكييف مركز الدائن رافع الذعوى غير المباشرة بوجه عام •

اذا استعمل الدائن حقوق مدينه عن طريق رفع الدعوى غير المباشرة ضد مدين مدينه ، فمن المسلم به أنه يعتبر نائبا عن مدينه ، ويجوز الاحتجاج عليه بكافة الدفوع التى يحتج بها على مدينه • وبناء

---

(٤٢) أنظر ديمولومب جـ ٢٩ نبذة ٥٤٩ ، لوران جـ ١٩ نبذة ٣٢٧ ، بودرى جـ ١٥ نبذة ٢٣٦٠ هـ ، فوزيبه هرمان على المادة ١٣٢٨ نبذة ٤٧ ، نشأت ص ١٢٦ نبذة ٢٠٦ .

(٤٣) بودرى جـ ١٥ نبذة ٢٣٥٨ ، لوران جـ ١٩ نبذة ٣٢٦ ، نشأت ص ١٢٦ نبذة ٢٠٦ .

على ذلك يرى الفقه والقضاء أن المحررات العرفية الصادرة من مدينه بشأن الحق موضوع الدعوى غير المباشرة تكون حجة عليه بكل ما دون بها ، بما فى ذلك تاريخها ، أى انه لا يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التاريخ (٤٤) •

وواضح أن القول بهذا الرأى يسمح للمدين الذى رفع دائنه الدعوى باسمه أن يتواطأ مع مدينه ، فيعطيه محررا عرفيا مثبتا لمخالصة أو لابراء أو استبدال أو مقاصة ، فيحتج بها مدين المدين على الدائن ، ويفوت عليه بذلك المصلحة التى كان يسعى اليها من وراء استعمال الدعوى غير المباشرة • ومعنى ذلك أن تخويل المشرع للدائن حق رفع هذه الدعوى ان هو الا محض عبث • ونحن ننزه المشرع عن العبث •

وقد يقال تعزيزا لهذا الرأى ، انه مادام الدائن يعتبر فى هذه الدعوى نائبا عن مدينه ، فيجوز للمدين — وهو الأصيل — أن يتصرف فى أى وقت فى حقه ، فيحتج بتصرفه ، مهما كان تاريخه ، على نائبه — أى الدائن رافع الدعوى — ، وينفذ هذا التصرف — مهما كان تاريخه أيضا — فى حق خلفه العام ومن فى حكمه من الدائنين ، ومنهم هذا الدائن نفسه • فمادام تقديم التاريخ أو تأخيره لا يغير فى نفاذ تصرف المدين فى حق دائنه رافع الدعوى غير المباشرة ، فلا يمكن اعتبار هذا الدائن من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة من المدين •

غير أن هذا القول لا يفيد الا فى أن يحملنا على أن نتساءل أصحيح أن مركز الدائن رافع الدعوى غير المباشرة يتمخض عن كونه نائبا عن

---

(٤٤) بودرى جـ ١٥ نبذة ٢٣٥٨ ، لوران جـ ١٩ نبذة ٣٢٦ ، هيك جـ ٨ نبذة ٢٥٠ ، أوبرى ورو جـ ١٢ نبذة ٧٥٦ ص ٢٣٥ ، ديمولومب جـ ٢٩ نبذة ٥٤٢ ، بلانيول وريبير جـ ٧ نبذة ١٤٨٤ ، دى باج جـ ٣ نبذة ٧٩٤ ، دى هلتس تحت كلمة actes نبذة ٦٨ ، نقض فرنسى ٢٨ يونيه ١٨٧٥ سيرى ١٨٧٥ — ١ — ٣٠٩ دالوز ١٨٧٥ — ١ — ٤٦٩ ، استئناف مختلط ٣ يونيه ١٩٢٦ (٣٨ ص ٤٦٣) •

مدينه ، ودائنا عاديا له ، شأنه فى ذلك شأن الدائنين الذين يعتبرون فى حكم خلفه العام ؟ وظاهر أنه لو صح هذا لكانت هذه الدعوى عبثا ولأحجم الدائنون عن استعمالها • أما الواقع فهو أن الدائن ، اذ يرفع الدعوى باسم مدينه ، انما يرفعها لمصلحة نفسه ، حتى يستوفى من حاصلها حقه ، فهو فى هذه الدعوى كما يقول ديمولومب أصيل عن نفسه ونائب عن مدينه (٤٥) •

ولأن الدائن يرفع هذه الدعوى لمصلحة نفسه ، يصبح له حق خاص على موضوعها • واذا كان الشراح قد اختلفوا فيما يجب لنشوء هذا الحق الخاص للدائن على المال موضوع الدعوى غير المباشرة التى يرفعها ، فاشترط بعضهم لذلك ضرورة استحصال الدائن الذى يريد رفع الدعوى غير المباشرة على حكم قضائى باحلاله محل مدينه suzrogation judiciaire (٤٦) ، وقال الآخرون بعدم ضرورة ذلك (٤٧) ، فانهم اتفقوا على أن استعمال الدعوى غير المباشرة يجعل حق الدائن يتعلق بالمال موضوع هذه الدعوى ، فيصبح هذا المال محبوسا عن المدين تحت يد القضاء ، فلا يجوز للمدين أن يتصرف فيه ولا أن يعمل بشأنه أى عمل يضر الدائن (٤٨) ، أو بعبارة أخرى كما يقول لابيه يترتب على رفع الدعوى غير المباشرة ما يترتب على الحجز من آثار (٤٩) •

---

(٤٥) ديمولومب جـ ٢٥ نبذة ١١٣ •
(٤٦) أوبرى ورو جـ ٤ نبذة ٣١٢ هامش ٤ والمراجع المذكورة فيه •
(٤٧) ديمولومب جـ ٢٥ نبذة ١٠٤ وما بعدها والمراجع المذكورة فيه •
(٤٨) ديمولومب جـ ٢٥ نبذة ١٢٠ •
(٤٩) Labbé, Etude sur l'art. 1166, Revue Critique, 1856, No 25
«Du jour où le créancier a commencé à exercer les droits de son débiteur, les effets de la saisie sont produits.. ; que le droit ne peut pas être aliéné par le débiteur ; que ce dernier ne peut plus faire aucun acte qui nuise à son créancier ; que s'il transige avec un tiers, ou si une compensation devient possible, le créancier n'en souffrira pas.»

ومادام الأمر كذلك ، فيكون مركز الدائن رافع الدعوى غير المباشرة كمركز الدائن الحاجز حجزا تنفيذيا ، وبالتالى فانه يشبه مركز الخلف الخاص ، من حيث انه يعتبر فى حكم خلف المدين على الحق موضوع الدعوى بالنسبة لتصرفات المدين السابقة على رفع الدعوى ، ويعتبر من الغير بالنسبة للتصرفات اللاحقة ، فيضره مجرد تقديم تاريخ هذه التصرفات . وهو لذلك يجب أن يعتبر — خلافا للرأى السائد — من الغير الذين لا تكون المحررات العرفية حجة عليهم بتاريخها الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمى .

وبهذا يتضح خطأ ما ذهب اليه القضاء الفرنسى من عدم حسبان الحاجز تحت يد الغير غيرا بالمعنى المقصود فى المادة ١٣٢٨ ، وفى استناده فى ذلك الى القياس على حجية المحررات العرفية بتاريخها على الدائن رافع الدعوى غير المباشرة ، باعتبار هذه الحجية قضية مسلمة ، بينما هى فى الواقع قضية لا ينبغى التسليم بها مطلقا .

نصت المادة ٢١٦/٢٢٤/٤٤٣ من قانون التجارة على أنه يترتب على الحكم باشهار افلاس التاجر رفع يده عن ادارة أمواله ، فاذا كان التاجر قد تعامل مع غيره معاملة مدنية بمحرر عرفى بشأن عين من الأعيان المملوكة له ، ثم تمسك المتصرف اليه بهذا المحرر فى مواجهة دائنى التفليسة باعتبار تاريخه سابقا على الحكم باشهار الافلاس ، أفيكون هذا التاريخ حجة على دائنى التفليسة ، يجب عليهم اذا أرادوا الطعن فيه أن يثبتوا عدم صحته ، أم يعتبرون من الغير بالنسبة اليه ويكفيهم أن يتمسكوا بعدم ثبوته بوجه رسمى حتى لا ينفذ ذلك التصرف فى حقهم ؟

يرى فريق من الشراح أن دائنى التفليسة يحلون محل التاجر المفلس فى ادارة أمواله ومباشرة حقوقه ، وبناء على ذلك يعتبرون نائبين

عنه ، وتكون محرراته العرفية حجة عليهم بتاريخها الى أن يتمكنوا من اثبات عدم صحة هذا التاريخ (٥٠) • ولكن الفريق الآخر من الشراح يرى أن الحكم باشهار الافلاس لا يترتب عليه رفع يد المدين عن ادارة أمواله فحسب ، بل يترتب عليه أيضا نشوء حق للدائنين على أموال المفلس كالحق الذى يقرره القانون للدائن الحاجز على المال المحجوز عليه ، وبناء على ذلك يعتبر دائنو المفلس كما يعتبر الدائن الحاجز من الغير بالنسبة لثبوت تاريخ المحررات العرفية الصادرة من مدينهم (٥١)• ومما يؤيد القول بترتب هذا الحق لدائنى المفلس ما ورد فى المادة ٢٢٧/٢٣٥/٤٤٦ تجارى من أنه اذا حصل من المدين ، بعد الوقت الذى اعتبرته المحكمة وقت وقوفه عن دفع الديون أو فى ظرف الأيام العشرة التى قبله ، عقد تبرع ينقل ملكية منقول أو عقار ، أو اذا وفى دينا لم يحل أجله بنقود أو بحوالة أو ببيع أو بتخصيص مقابل للوفاء أو بمقاصة أو بغير ذلك ، يكون جميع ما أجراه من هذا القبيل لاغيا ، ولا يعتد به بالنسبة لروكية المداينين ••• فلو أن المشرع قصد ألا يرتب على الحكم باشهار الافلاس سوى مجرد رفع يد المدين عن ادارة أمواله لما كانت به حاجة الى النص على ابطال بعض التصرفات السابقة على هذا الحكم • أما نصه على ابطال هذه التصرفات فيستفاد منه أنه رتب للدائنين حقا خاصا على أموال المفلس وأنه ما أبطل هذه التصرفات الا لأن فيها شبهة المساس بذلك الحق (٥٢) •

من المعلوم أن الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية يطعن فى تصرف صدر من مدينه وترتب عليه خروج بعض أموال المدين من ذمته المالية ،

---

(٥٠) ديمولومب جـ ٢٩ نبذة ٥٤٣ ، أوبرى ورو جـ ١٢ نبذة ٧٥٦ ص ٢٣٦ ، لارومبيير جـ ٦ ص ١٤٤ المادة ١٣٢٨ نبذة ٣٦ ، ليون كان ورينو فى شرح القانون التجارى جـ ٧ نبذة ٤٧٧ •

(٥١) لوران جـ ١٩ نبذة ٣٣٠ ، بودرى جـ ١٥ نبذة ٢٣٦٠ فقرة جـ ، تالير فى شرح القانون التجارى الطبعة الثانية نبذة ١٦٧٩ •

(٥٢) قارن نشأت نبذة ٢٠٨ •

ويطلب اعتبار هذا التصرف غير نافذ فى حقه حتى تحسب هذه الأموال باقية بالنسبة اليه فى ذمة مدينه ويستطيع التنفيذ عليهـا ، ومن المعلوم أيضا أنه يشترط فى هذه الدعوى : (١) أن يكون المدين معسرا ، (٢) وأن يكون التصرف المطعون فيه تاليـا لحق الدائن ، (٣) وأن يكون هـذا التصرف حصل من المدين (فى المعاوضات) بطريق الغش ، أى بقصـد الاضرار بالدائن • فاذا كان تصرف المدين بمحرر عرفى وأراد أن يسد الطريق على الدائن ، حداه ذلك الى تقديم تاريخ المحرر وجعله سابقا على حق الدائن • أفيكون هـذا التاريخ حجـة على الدائن حتى يق‍ الدليل على عدم صحته ، وحتى يستطيع تعيين حقيقة التاريخ التـالى لثبوت حقه هو ، أم يعتبر الدائن من الغير ويستفيد من القرينـة التى أنشأتها المـادة ٢٢٨ ، فيكتفى منه بالتمسك بعـدم ثبوت تاريخ ذلك التصرف بوجه رسمى ، حتى يفرض فى التاريخ العرفى أنه تال لحق الدائن ؟

يقول الشراح بهذا الرأى الأخير ، وحجتهم فى ذلك أن المدين الذى يتصرف بقصد الاضرار بدائنه ، يرتكب غشا ضد هذا الدائن ، يتعـذر معه اعتباره من الغير بالنسبة لنفاذ هذا التصرف ، فلا يصح أن يحتج معه اعتباره ممثلا له ، وان الدائن الطاعن فى تصرف مدينه انما يخاصم مدينه ، ويطلب اعتباره من الغير بالنسبة لنفاذ هذا التصرف ، فلا يصح أن يحتج عليه بتاريخ المحرر المثبت لهذا التصرف (٥٣) •

ولكنى أميل الى مخالفة هذا الرأى للأسباب الآتية :

١ — ان حالة الدائن رافع الدعوى البولصية تختلف عن الحـالة التى من أجلها أنشأ المشرع القرينة المنصوص عنها فى المادة ٢٢٨ • فقد رأينا أن هذه القرينة أنشئت لحماية الأشخاص الذين يتوقف اعتبارهم

(٥٣) أنظر ديمولومب جـ ٢٩ نبذة ٥٥. ، هيك جـ ٧ نبذة ٢١٩ ، سودرى جـ ١٥ نبذة ٢٣٦٠ د ، كولان وكابيتان جـ ٢ نبذة ٢٦٦ ، لوران جـ ١٦ نبـذة ٤٦١ ، دى باج جـ ٣ نبذة ٢٢٧ ، دى هلتس نبذة ٦٨ ، نشأت نبذة ٢٠١ ، السنهورى فى الموجز نبذة ٦٣٨ ، الدكتور عرفة ص ١٦٧ .

خلفا أو غيرا بالنسبة للتصرف الصادر من شخص معين على ثبوت تاريخ هذا التصرف • أما الدائن رافع الدعوى البولصية ، فهو قبل رفع الدعوى ، وبناء على حق الضمان العام ، يعتبر فى حكم خلف المدين•واذا فرضنا جدلا أن رفع الدعوى يكسبه أى حق خاص ، فمادام التصرف المطعون فيه هو بالضرورة سابق على رفع الدعوى ، فان هذا الحق الخاص لا يغير من اعتبار الدائن فى حكم الخلف بالنسبة لذلك التصرف • واذن لا يكون لتقديم تاريخ التصرف أو تأخيره أى أثر فى تكييف مركز الدائن رافع الدعوى البولصية من حيث انه فى حكم الخلف •

٢ — ان القول بأن الدائن فى هذه الحالة يخاصم مدينه ويتهمه بالغش ويطلب اعتبار تصرفه غير نافذ فى حقه لا ينعين أن يترتب عليه اعتبار الدائن من الغير بمعنى المادة ٢٢٨ ، وذلك لأنه اذا كان يكفى لاعتبار الدائن من الغير فى الصورية أن يخاصم مدينه ، فالأمر ليس كذلك فى عرف المادة ٢٢٨ ، ولأن الدائن اذا اتهم المدين بالغش ، فما ذلك الا للاستحصال على حكم باعتباره من الغير بالنسبة لنفاذ التصرف المطعون فيه ، وأن مجرد طلبه ذلك يؤكد أنه ليس من الغير مادام لم يحصل على هذا الحكم • فهو عند رفع الدعوى لايزال يعتبر فى حكم الخلف ، ويكون تاريخ المحرر العرفى المثبت للتصرف المطعون فيه حجة عليه الى أن يثبت عدم صحته •

٣ — ان من شروط الدعوى البولصية أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد سبب اعسار المدين أو زاد فى اعساره • ومعنى ذلك أنه يجب على الدائن أن يقيم الدليل على اعسار المدين وأن يعين الوقت الذى بدأ فيه هذا الاعسار وأن يثبت أن التصرف المطعون فيه معاصر لبدء الاعسار أو لاحق له • وبالتالى فانه يقع عليه عبء اثبات حقيقة تاريخ العقد العرفى ، ولا يكتفى منه بعدم ثبوت هذا التاريخ بوجه رسمى •

٤ — ان ادعاء الدائن بتقديم تاريخ التصرف المطعون فيه ، ليس هو كل الغش الذى يشكو منه الدائن حتى يجوز له أن يتمسك فيه بالمادة

٢٢٨ ، وانما هو أحد عناصر الغش فقط ، بل هو عنصر اضافى ، اذ يمكن أن يكون تصرف المدين حاصلا بقصد الغش ، دون أن يقدم تاريخه • ومن المسلم به أن الدائن يجب عليه اثبات الغش ، فيلزمه أن يثبت جميع الوقائع التى يستفاد منها الغش ، ويجوز له ذلك بكافة الطرق • ولا محل لاستثناء واقعة تقديم التاريخ من هذه القاعدة التى تلقى عليـــه عبء الاثبات •

وقد يعترض على هذا الرأى بأن الدائن يستطيع ، بدلا من الالتجاء الى الدعوى البولصية حيث نكلفه باثبات عدم صحة تاريخ المحرر المثبت للتصرف الذى أضر به ، أن يتجاهل حصول هذا التصرف ويوقع الحجز على المـــال المتصرف فيه باعتبار أنه لايزال مملوكا لمدينه ، فيترتب له بالحجز حق خاص على المال المحجوز عليه يجعله فى حكم الغير بمعنى المادة ٢٢٨ ، فيكفيه أن يتمسك بعدم ثبوت تاريخ المحرر المثبت للتصرف اذا أريد الاحتجاج به عليه • فيكون هـــذا المذهب فى تفسير القـــانون مشجعا للدائنين على أن يسلكوا الطريق المعوج الذى يفتحه لهم سوء النية •

ولكن يرد على ذلك ، (أولا) بأن كل دائن يجوز له رفع الدعوى البولصية ليس حتما أن يملك توقيع الحجز ، لأن الأصل فى توقيع الحجز أنه لابد فيه من سند تنفيذى ، وهذا الشرط ليس مطلوبا فى رفع الدعوى البولصية ، و (ثانيـــا) بأنه اذا كان الدائن حاصلا على ســـند تنفيذى وأوقع الحجز بمقتضى هذا السند وتمسك بالمادة ٢٢٨ بصفته حاجزا حتى لا يكون تاريخ التصرف العرفى حجة عليه ، فان المتصرف اليه بهذا المحرر يجوز له أن يثبت علم الدائن بهذا التصرف قبل توقيع الحجز ، فيثبت بذلك سوء نيته • ومتى ثبت سوء نية الدائن ، فانه لا يجوز له أن يستفيد من المادة ٢٢٨ ، لأن المشرع لا يمكن أن يحمى سوء النية ، ولا أن يكون قد أراد بالمادة ٢٢٨ حمـــاية الأشخاص الذين يتخذون القـــانون ستارا

لارتكاب الغش (٥٤) .

وبمناسبة الغش فى هذا الشأن ، أرى أن أشير الى الخلاف القائم بين الشراح فيما اذا كان الدائن رافع الدعوى البولصية يشترط فيه أن يكون السند المثبت لحقه ثابت التاريخ بوجه رسمى أو لا يشترط فيه ذلك ، وبعبارة أخرى فيما اذا كان يجوز للمتصرف اليه أن يتمسك ضد الدائن رافع الدعوى البولصية بالمادة ٢٢٨ أو لا يجوز له ذلك . والرأى الراجح أنه لا يشترط أن يكون تاريخ حق الدائن ثابتا بوجه رسمى ، وأنه يجوز للدائن أن يثبت بكافة الطرق أسبقية حقه على التصرف المطعون فيه (٥٥) .

وتعليل ذلك أن المتصرف اليه — والأصل فيه أنه يجوز له أن يتمسك بالمادة ٢٢٨ باعتباره خلفا خاصا — لا يسمح له بالاستفادة من الحماية التى قررتها هذه المادة ، مادام التصرف الذى نقل اليه الحق من المدين والذى جعله بذلك خلفا خاصا للمدين مطعون فيه بالغش ، ومادام الدائن مستعدا لاقامة الدليل على هذا الغش ، اذ أن الحق الذى يستند اليه الشخص فى تمسكه بالمادة ٢٢٨ يجب أن يكون منزها عن الغش (٥٦) .

---

(٥٤) انظر أوبرى ورو جـ ١٢ ص ٢٤٥ هامش ١٣٧ ، ونقض فرنسى (عرائض) ٢١ يوليه ١٨٨٥ سيرى ١٨٨٧ — ١ — ١٧٥ ، (مدنى) ١١ يناير ١٨٨٢ سيرى ١٨٨٢ — ١ — ١٢٩ ، نشأت نبذة ١٣٥ ، مصر الاهلية ٢٩ مايو ١٩٢٧ المحاماة ٩ — ٩٩٦ — ٥٣٩ ، وقد ورد فى هذا الحكم الاخير (ص ١٠٠٥) ان مبدأ التاريخ الثابت قد وضع لحماية الغير حسن النية اى الذى لا يعلم بسبق حصول التصرف ، بحيث لا يجوز لمن كان يعلم من قبل بالتصرف ان يتمسك بهذا المبدأ .

(٥٥) انظر ديمولومب جـ ٢٥ نبذة ٢٣٤ ، بودرى جـ ١٢ نبذة ٦٩١ ، اوبرى ورو جـ ٤ نبذة ٣١٣ هامش ١٥ ص ٢٢١ ، دى هلتس فى الدعوى البولصية نبذة ٥٠ ، والتون جـ ٢ ص ١١٤ ، نشأت نبذة ٢٠١ والاحكام والمراجع المشار اليها فيها . وعكس ذلك هيك جـ ٨ نبذة ٢٥١ ، و جـ ٧ نبذة ٢١٩ ، كولان وكابيتان جـ ٢ نبذة ٢٦٦ ، جوسران جـ ٢ نبذة ٦٦٦ ، لوران جـ ١٦ نبذة ٤٣٧ ، دى باج جـ ٣ نبذة ٢٢٧ ، السنهورى فى العقد ص ٧٨٥ هامش .

(٥٦) اوبرى ورو جـ ٤ نبذة ٣١٣ هامش ١٥ ص ٢٢٢ حيث يقولان : =

وخلاصة القول فى الدعوى البولصية أنه لا الدائن يعتبر من الغير بالمعنى المقصود فى المـادة ٢٢٨ بالنسبة لتاريخ المحـرر العرفى المثبت للتصرف المطعون فيه ، ولا المتصرف اليه يعتبر من الغير بالنسبة لتـاريخ سند الدائن ، وأنه يجب على كل منهما أن يقيم الدليل على عدم صـحة تاريخ المحرر المثبت لحق خصمه اذا كانت له مصلحة فى ذلك (٥٧) .

«Cèt article, dont l'unique objet est de garantir, contre toute possibilite de fraude tentée à l'aide d'anti-dates, les tiers dont les titres ne sont d'ailleurs pas impugnés, est évidemment étranger à l'hypothèse dont il est ici question».

وانظر ايضـا جوسران جـ ٢ نبذة ١٩٠ فقـرة أولى ، ونقض فرنسى عرائض ٣٠ مارس ١٩٢٥ سيرى ١٩٢٧ — ١ — ١٢٣ .

(٥٧) انظر فى تأييدنا فى هذا الرأى السنهورى فى الوسيط جـ ٢ ص ٢١٠ وما بعدها حيث يقول : « وننتقل الان الى الدعوى البوليصية ، وفيها أيضا لا يعتبر الدائن من الغير ، فهو وان لم يكن يعمل فى هذه الدعوى كنائب عن المدين ، بل يعمل باسمه الشخصى ، الا أنه لايزال دائنا عاديا لم ينتقل بعد الى مرحلة التنفيذ ... ونرى من ذلك أن الدائن فى الدعوى البولصية ليس « غيرا » ، ولذلك يحتج عليه بالتاريخ العرفى لتصرف مدينه ، الى أن يثبت عدم صحته ... وهذا الرأى يخالف اجماعا يكاد ينعقد عليه الفقـه الفرنسى (ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٥٠ ، لوران ١٦ فقرة ٤٦١ ، هيك ٧ فقرة ٢١٩ ، بودرى لاكانتيزى وبارد ١ فقرة ٦٩١ و ٤ فقرة ٢٢٦٠ ، كـولان وكابيتان ولامور آنديير ٢ ص ٧٤٩ ، بلانيول وريبير ورادوان ٧ فقرة ٩٥٧ ، بيدان وبيرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠٢ ، دى باج ٢ فقرة ٢٢٧) واجماعا مماثلا يكاد ينعقد عليه الفقه المصرى (دى هلتس فقرة ٦٨ ، عبد السلام ذهنى فى الادلة ١ ص ٢٢٣ و ص ٢٢٥ ، أحمـد نشأت ١ فقرة ٢٢١ ، محمـد على عرفة فى مقالة حجية المحررات العرفيـة مجلة القانون والاقتصاد ١٠ ص ١٦٧ ، الصدة فقرة ١٢٥ ، الموجز فقرة ٦٢٨ ، وقد كنا فى الموجز نساير هذا الاجماع) .

ثم يضيف الاستاذ السنهورى قوله : « ونحن هنا — فى مخالفتنا لهذا الاجماع — نوافق الاستاذ سليمان مرقس فيمـا ذهب اليه من أن الدائن لا يعتبر غيرا فى الدعوى البوليصية (انظر مقاله المعروف فى مجلة القـانون والاقتصاد ص ٢٧٩ — ص ٢٨٣ وكتابه فى أصول الاثبات ص ١٠٤ هامش رقم ٢) ، واليه يرجع الفضل ، هنا أيضا (اشارة الى ما قرره قبل ذلك فى شأن عـدم اعتبـار الوارث من الغير فى ثبوت تاريخ تصرف مورثه المطعون بصدوره فى مرض الموت) فى تحرى المسألة وتجليتها ، لا ضد اجماع الفقـه المصرى فحسب ، بل ايضا ضد اجماع الفقه الفرنسى .

يتضح مما تقدم أن الأشخاص الذين يعتبرون من الغير فى عرف المادة ٢٢٨ هم الخلف الخاص ، والدائنون الذين أوقعوا حجزا على مال معين من أموال مدينهم (سواء كان الحجز على منقول أو على عقار أو على حق للمدين لدى الغير) ، أو اتخذوا أى اجراء ، كالمعارضة فى القسمة أو رفع الدعوى غير المباشرة أو المعارضة فى رفع الحجز الذى أوقعه الحاجز الأول ، مما ينشىء لمصلحة الدائن حقا خاصا يتعلق بمال معين من أموال المدين .

ويلاحظ أنه اذا تعدد الأشخاص الذين يعتبرون من الغير بهذا المعنى ، اعتبر كل منهم غيرا بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة للآخرين ، وجاز له أن يتمسك ضدهم بالمادة ٢٢٨ (٥٨) .

١١ — استنباط تعريف الغير بالمعنى المقصود فى المادة ٢٢٨/٢٩٣/١٣٢٨ :

اكتفى أكثر الشراح ببيان الأشخاص الذين يعتبرون من الغير فى هذا المعنى ، دون أن يضعوا له تعريفا شاملا . والقليلون منهم عرفوه بأنه كل شخص لم يكن طرفا فى المحرر العرفى ، وكان حاصلا ، بمقتضى عمل قانونى صادر له من أحد موقعى المحرر أو بمقتضى نص فى القانون ، على حق خاص droit propre يؤثر فيه التصرف المدون فى المحرر العرفى ، لو صح أن تاريخه سابق على تاريخ هذا الحق (٥٩) .

ويلاحظ على هذا التعريف ابهامه ، وتجهيله للحق الخاص droit propre الذى يجب أن يكون الغير حاصلا عليه ، أيكون المقصود به حقا عينيا ، أم يكفى فى ذلك أى حق شخصى ؟ واذا كان مجرد الحق

---

(٥٨) نقض فرنسى ١٩ يوليه ١٩٣٣ دالوز الاسبوعى ١٩٣٣ ص ٥٤٦ .
(٥٩) أنظر بلانيول وريبير جـ ٧ ص ٨١٩ نبذة ١٤٨٤ ، وقارن دى باج جـ ٣ نبذة ٧١٤ د .

الشخصى الذى يجعل صاحبه دائنا لا يكفى ، أفيكون كافيا مثلا أن يقرر القانون لصاحب هذا الحق دعوى خاصة كدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين فى حق الدائن ، أو تصرفات المريض فى حق وارثه ؟

لقد حاول بعض الشراح أن يجلوا هذا الغموض ، فقال بعضهم انه يشترط أن يكون ذلك الحق حقا كسبه الشخص باسمه خاصة en son proprenom ، وقصدوا بذلك أن يستبعدوا الدائن الذى يستعمل الدعوى غير المباشرة (٦٠) • وقال آخرون فى بيان هذا الحق الخاص انه اما أن يكون حقا عينيا أو شخصيا كسبه ذلك الشخص من مدينه (أو من سلفه) قبل أن يصبح تاريخ المحرر العرفى المتنازع فيه ثابتا بوجه رسمى ، واما أن يكون حقا تلقاه من القانون ذاته ، لا من مدينه (أو سلفه) (٦١) •

ولكن هذه المحاولات لم تنجح فى جلاء ما غمض ، اذ لازلنا بعدها نتساءل عما اذا كان أى حق شخصى يثبت لدائن قبل ثبوت تاريخ محرر عرفى صادر من مدينه يكفى لاعتبار هذا الدائن من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ ، وكذلك مازلنا نتساءل عن طبيعة هذا الحق الذى يشترط أن يكون الشخص قد تلقاه من القانون مباشرة ، أهو حق عينى ، أم يكفى أن يكون حق دائنية ، أم يشترط أن يكون حقا من نوع خاص •

---

(٦٠) بلانيول وريبير جـ ٧ ص ٨١٩ نبذة ١٤٨٤ •

(٦١)
«L'on accorde généralement le bénéfice de l'art. 1328 aux créanciers qui font valoir un droit propre, c.a.d. soit un droit réel ou personnel qu'ils ont acquis du débiteur avant que la date des actes litigieux fut devenue certaine, soit un droit qu'ils tiennent de la loi même et non de leur débiteur.»

أنظر تعليقات فوزييه هرمان الجديدة على المادة ١٣٢٨ نبذة ٥٩ ونبذة ٣٩ ونبذة ٩٤ ، وانظر أيضا دى هلتس جـ ١ ص ٦٧ وما بعدها ، واستئناف مصر ١٦ أبريل ١٩٣٦ المحاماة ١٧ — ٢١٠ — ٩٥ •

وعلى ضوء ما قدمت من بحث ، أستطيع أن أقول ان هــذا الحق الخاص الذى يشترط توافره فيمن يعتبر غيرا بالنسبة لثبوت التــاريخ لابد أن يكون حقا متعلقا بمال معين هو ذات المال موضوع التصرف المدون فى المحرر المطلوب معرفة مدى حجيته بتاريخه (٦٢) • فلا يكفى فيــه أى حق شخصى ، ولا حق الضمان العام ، ولا حق الخلف العام ، مادام هو لم يتركز فى ذلك المال بالذات • ويجب فوق ذلك أن يكون هذا الحق نقيا خالصا ، أى غير مبنى على غش • ولا يهم بعد ذلك أن يكون ناشئا من عمل قانونى صادر من أحد موقعى المحرر أو من نص فى القــانون : مادام فى كلتا الحالتين يجب أن يكون حقــا مركــزا فى مال معين ، كحق المشترى فى العين المبيعة وحق الدائن الحاجز على المال المحجوز عليه •

وبناء على ذلك يمكن أن نزيد التعريف الذى جرى به الفقه أيضاحا بأن نقول ان الغير بالمعنى المقصود فى المادة ٢٢٨ يشمل كل شخص لم يكن طرفا فى المحرر العرفى ولا ممثلا فيه ، وكان حاصلا بمقتضى عمل قانونى صادر لمصلحته من أحد موقعى المحرر أو بمقتضى نص فى القانون على حق خالص متعلق بمال معين من أموال الشخص الملتزم بهذا المحرر ، بحيث يؤثر فى حقه هذا ، التصرف المدون فى المحرر العرفى ، لو صح أن تاريخه سابق على تاريخ هذا الحق •

١١ — مقارنة بين الغير فى الصورية والغير فى ثبوت التاريخ :

رأينا أن الغير فى الصورية يشمل الخلف الخاص بالنسبة للمحررات التــالية لحقهم ، والدائنين العــاديين اذا اختصموا مدينهم فى حقيقة موضوع المحرر المطعون فيــه بالصورية • أما الغير فى ثبوت التاريخ ، فيقتصر على الخلف الخاص وبعض الدائنين العاديين الذين ترتبت لهم حقوق خاصة على مال معين من أموال المدين ، فالدائن الذى يرفع دعوى

---

(٦٢) انظر ديمولومب جـ ٢٩ نبذة ٥٢٨ •

الصورية باسم مدينه لا يعتبر غيرا بالنسبة للعقد المطعون فيه بالصورية ، فى حين أنه اذا استعمل دعوى مدينه فى المطالبة بحق هذا المدين لدى مدينه يعتبر غيرا بالنسبة لتاريخ المحررات الصادرة من مدينه الى مدين مدينه •

فاذا قارنا مركز كل من هذين الفريقين من حيث عبء الاثبات ، وجدنا أن الغير فى الصورية يقع عليه كما يقع على المتعاقدين نفسهما عبء اثبات الصورية ، وأنه لا يمتاز عن المتعاقدين الا فى أنه يجوز له اثبات الصورية بكافة الطرق ، فى حين أن المتعاقدين يتعين عليهما اثبات الصورية بالدليل الكتابى ما لم يكن الغرض من الصورية الغش والاحتيال على القانون فيجوز لهما الاثبات بكافة الطرق • أما الغير فى ثبوت التاريخ فيختلف عمن لا يعتبر غيرا فى أن التاريخ العرفى يكون حجة على هذا الفريق الأخير • وليس معنى هذه الحجية أنه لا يجوز اثبات عكسها ، بل معناها أن هذا التاريخ يعتبر حقيقيا الى أن يتمكنوا من اثبات عدم صحته ، فى حين أنه لا تكون له أية حجية على فريق الغير ويجوز لهم أن يعتبروا حقيقته أنه تال لحقهم فلا يضارون به ، وهم ليسوا مكلفين اثبات عدم صحته •

فالغير فى الصورية يجب أن يثبت عدم صحة العقد الظاهر بما فى ذلك تاريخه ، أما الغير فى ثبوت التاريخ فيكفيه أن يتمسك بعدم ثبوت التاريخ ولا يقع عليه أى عبء من الاثبات •

واذا كان الفرق من الناحية العملية بسيطا بين عبء الاثبات الذى يقع على المتعاقدين والخلف والغير فى اثبات الصورية والعبء الذى يقع فيما يتعلق بثبوت التاريخ على المتعاقدين والخلف دون الغير ، اذ يجب على هؤلاء الأشخاص أن يثبتوا ، غالبا بكافة الطرق وأحيانا بالدليل الكتابى وحده ، عدم صحة ما دون فى المحرر العرفى وحقيقة ما جرى بين المتعاملين به ، فان الفرق عظيم بين مركز كل واحد من هؤلاء ومركز الغير فى ثبوت التاريخ لأن هذا الغير يستند الى قرينة قانونية تجعل

تاريخ المحرر العرفى كأنه غير موجود بالنسبة اليه دون حاجة الى اثبات عدم صحة هذا التاريخ .

— ٢ —

تطبيق هـذه المبـادىء

على تاريخ المحررات العرفية المطعون فيها بصدورها فى مرض الموت

١٣ — أيعتبر وارث المريض مرض الموت من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة من مورثه ؟ : أشرت الى اختلاف المحـاكم عندنا فى هذا الشأن ، وذكرت أن فريقا منها يعتبر الوارث فى هذه الحالة من الغير ، وان فريقا آخر يعتبره خلفا ويجعل تاريخ المحررات العرفية حجة عليه ، وان محكمة النقض اعتبـرت الوارث من الغير بالنسـبة لتصرفات مورثه الصادرة منه فى مرض الموت ، ولكنها جعلت عليـه أن يثبت أن تاريخ المحرر العرفى ، السابق على مرض الموت ، هو فى الحقيقة لاحق لبدء هذا المرض (٦٣) .

ولكن بعـد ما قدمت من بحث ، أصبح واضحا أن تكييف مركـز الوارث لا يخـرج عن واحـد من اثنين : فاما أن يعتبـر من الخلف ، فيكون المحرر حجة عليه بتاريخه بمعنى أن الوارث يتقيد بالتاريخ الذى يحمله المحرر ، ولكن يجوز له أن يقيم الدليل ، طبقـا للقواعد العامة ، على عدم صحة هذا التاريخ وعلى التـاريخ الحقيقى الذى حصل فيـه العمل القانونى المدون فى المحرر . فعليه أن يثبت أن هذا العمل قد تم فى مرض الموت ، وأن تاريخه قدم عن حقيقته تهربا من أحكام القانون المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت . وبما أنه فى هذه الحالة يريد

---

(٦٣) راجع ما سبق ص ٥٤٤ .

اثبات واقعة تعتبر غشا أو احتيالا على القانون ، فيجوز له الاثبات بكافة الطرق .

واما أن يعتبر غيرا بالنسبة لتاريخ المحـرر العرفى ، فيكفيـه أن يتمسك بالقرينة التى نصت عليها المادة ٢٢٨ ، حتى يعتبر كل محرر عرفى صادر من مورثه دون تاريخ ثابت أنه صدر من المورث بعد بدء المرض ، ويرتفع عن الوارث كل عبء فى الاثبات ، وفوق ذلك يمتنع على الشخص الذى يتمسك بالمحرر العرفى أن يقيم الدليل على صحة التاريخ الـذى يحمله هذا المحرر ، مادام هذا التاريخ غير ثابت بوجه رسمى طبقـا للمادة ٢٢٩ .

لذلك رأيت أن أعرض لكلتا النظريتين . وأن أحلل الأحكام والآراء التى أخذت بكل منهما ، ثم أختم البحث باستخلاص الرأى الصحيح من أحكام محكمة النقض .

١٤ — النظـرية الأولى : بدأت أحكام المحاكم أولا بالأخذ بهذه النظرية ، فقررت محكمة مصر الأهلية بتاريخ ٢٤ مايو ١٩٢٢ أن التاريخ العرفى الذى أقره المورث حجة على ورثته لأنهم يمثلونه ، وطبقت ذلك على عقد كان قد صدر من المورث بتاريخ عرفى سابق على مرض موته ، وأصبح له تاريخ ثابت بعد ذلك ، وطعن الورثة فيه بعدم حجية تاريخه العرفى بالنسبة لهم ، فرفضت المحكمة هذا الطعن واعتبرت التاريخ العرفى حجة عليهم (٦٤) .

وقضت بمثل ذلك أيضا محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٩ مـارس ١٩٢٢ اذ اعتبرت التاريخ العرفى للعقد الصـادر من المورث حجة على الوارث باعتبار الوارث متلقيا حقه عن المورث (٦٥) .

---

(٦٤) المحاماة ٤ — ٨٤٧ — ٦٣٥ .
(٦٥) المحاماة ٣ — ١٥ — ٥ . وقد علقت مجلة المحاماة على هذا =

وبتاريخ ١٠ أبريل ١٩٢٨ طبقت محكمة الاستئناف ذلك على اقرار بدين صادر من زوج الى زوجته فى ورقة عرفية مؤرخة قبل مرض الموت وثابتة التاريخ فى فترة المرض ، وقد تمسك باقى الورثة بالتاريخ الثابت كى يطبقوا على هذا الاقرار أحكام تصرفات المريض ، مستبعدين بذلك التاريخ غير الثابت . فقضت المحكمة بأن التاريخ العرفى حجة على موقع الورقة ، ومن ثم يعتبر حجة على ورثته ، فلا يجوز لهم التمسك بالمادة ٢٢٨ ، وانما كل ما لهم هو أن يثبتوا عدم صحة هذا التاريخ أو أن يطعنوا فيه بالتزوير ، وقالت : « وحيث انه من المبادىء المقررة قانونا أن الوارث يخلف المورث فى كل ما له وما عليه بالنسبة للحق الموروث ، وأن العقد العرفى المأخوذ على المورث يصبح حجة على الوارث ، وأن للوارث ما كان لمورثه ، وعليه ما عليه . فللوارث الطعن فى التاريخ باعتبار أنه وضع خطأ بطريق العمد أو السهو ، وله الطعن بالتزوير ... الخ ، وحيث ان شيئا من شتى طرق الطعن فى التاريخ لم يحصل ، فوجب الأخذ بالتاريخ العرفى ... » (٦٦) .

وفى ١٤ يناير ١٩٣٤ قضت محكمة الاستئناف أيضا باعتبار التاريخ العرفى للمحرر الصادر لأحد الورثة حجة على بقية الورثة الذين كانوا

= الحكم بقولها : « ان الشراح الفرنسيين اختلفوا : فرأى يقول بما أخذ به الحكم ، ورأى آخر يرى أن التاريخ ليس حجة على الورثة فيما بينهم لان حقهم فى الطعن فى تصرف مورثهم حق شخصى لهم ، ويقول انه اذا كان للمتعاقد نفسه حق الطعن بصورية تاريخ العقد بكافة طرق الاثبات ، فلا اقل من أن يعترف للورثة بهذا الحق فيما بينهم » (!!) وقد اشار الى هذا التعليق الاستاذ كامل مرسى فى تصرفات المريض مرض الموت ص ٢٩٨ ، ومعالى الهلالى باشا والاستاذ حامد زكى فى عقود البيع والحوالة والمقايضة ، الطبعة الثانية ص ٢٠٤ هامش ١ . والظاهر أن صاحب هذا التعليق كان يدور فى خلده أن المقصود بحجية التاريخ العرفى على الورثة حجية مطلقة ، لا تقبل نقضا بالدليل العكسى ، ولذلك انتقد هذه الحجية ، واستعان على استبعادها بالاستشهاد بقواعد الصورية . ولكنا قد بينا أن الامر بخلاف ذلك ، وأن الغير فى ثبوت التاريخ يختلف عن الغير فى الصورية .

(٦٦) استئناف مصر ١٠ ابريل ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ٩٠٧ — ٥٤٧ .

يطعنون فى هذا التصرف بصدوره فى مرض الموت ، وألقت على هؤلاء الورثة عبء اثبات عدم صحة ذلك التاريخ (٦٧) .

وليست هذه النظرية فى حاجة الى التدليل على صحتها بأكثر من ارتكازها على أصل مسلم به ، هو أن الوارث خلف عام للمورث ، فيكفيها الاستناد الى هذا الأصل الثابت ، ومناقشة حجج النظرية الأخرى القائلة بالخروج على هذا الأصل بالنسبة لحجية تاريخ المحررات المطعون فيها بصدورها فى مرض الموت .

أما ما يخشى أن تؤدى اليه من الناحية العملية من مساعدة المورث على الاحتيال على القانون ، فيخفف منه أن للوارث الحق فى اثبات عدم صحة التاريخ بكافة الطرق . واذا كان هذا الحق لا يكفل كشف الحقيقة

---

(٦٧) المحاماة ١٥ — ٢ — ٥٥٠ — ٢٦٠ وقد ورد فى حيثيات هذا الحكم قوله :

« وحيث انه مما لا جدال فيه قانونا أن الوارث يعتبر فى حكم الغير بالنسبة لجميع التصرفات الصادرة من المورث اضرارا بحقوقه المكتسبة بحكم القانون ، فلا يصح والحالة هذه أن يحتج عليه بالتاريخ العرفى الموضوع على التصرفات الصادرة من المورث اضرارا بحقوقه (!) .

« وحيث انه وان كان للوارث الصادر لمصلحته التصرف ان يتمسك فى وجه باقى الورثة بالتاريخ العرفى الذى وضعه المورث ، الا أنه لهؤلاء الورثة الحق فى أن يثبتوا بكافة الطرق القانونية — ومنها قرائن الاحوال — أن هذا التاريخ لا يتفق مع الحقيقة ، وانه وضع بقصد الايهام بصدور التصرف فى وقت بعيد عن الشبهات (!) » . وقد لفت نظرنا فى هذا الحكم التناقض البادى بين هاتين الحيثيتين ، مما جعل بعض الشراح يستشهدون بهذا الحكم عند عرض النظرية العكسية (انظر كامل مرسى بك ص ٢٩٧ هامش ١ والدكتور عرفة ص ١٦٥ هامش ١) . والظاهر أن المحكمة اعتقدت خطأ أن القول بحجية التاريخ يقصد به الحجية المطلقة التى لا تقبل نقضا بالدليل العكسى ولذلك قالت فى حيثيتها الاولى انه لا يصح الاحتجاج بالتاريخ العرفى على الوارث ، كما اعتقدت أن عدم حجية التاريخ معناه جواز اثبات عدم صحة التاريخ بكافة الطرق . ولذلك جعلت فى حيثيتها الثانية على الوارث عبء اثبات عدم صحة التاريخ . وظاهر أن فهم الموضوع على هذا الوجه مخالف لحكم المادة ٢٢٨ . وربما كان هذا الذى وقع فى روع المحكمة اثرا من آثار حكم الدوائر المجتمعة الصادر بتاريخ ٥ أبريل ١٩٢٨ والوارد ذكره فيما بعد .

فى جميـــع الأحوال ، فان الضرر الـــذى ينشأ من ذلك أخف كثيرا من ذلك الذى يترتب على الأخـــذ بالنظرية الثـــانية ، التى تؤدى الى أن الشخص اذا أصيب بمرض أدى الى وفاته ، يصبح جميع من تعاملوا معه طوال حياته بأوراق عرفية غير ثابتة التاريخ عاجزين عن الاحتجاج بهذه الأوراق على ورثته ، حتى لو كانوا مستعدين أن يقيموا هم الدليل على صحة تواريخ هذه الأوراق •

١٥ — **النظـــرية الثانية** : أخذت بالرأى الثانى محكمة مصر الأهلية فى حكم مطول لها بتاريخ ٢٩ مايو ١٩٢٧ (برئاسة الأستاذ عبد السلام ذهنى) قررت فيـــه أن الوارث الذى يعطيـــه القـــانون حق الطعن فى تصرفات مورثه بمرض الموت يكسب بذلك من جانب المشرع نفسه حقا شرعيا يجعله ينقلب من طبقة الخلف الى طبقة الغير ، فلا يحتج عليـــه الا بالأوراق ثابتة التاريخ • واستدلت المحكمة على ذلك بقولها ان الوارث الذى يطعن فى تصرفات مورثه بمرض الموت ، انما يوجه هذا الطعن ضد مورثه بالذات فى وجه بقية الورثة ، فلا يمكن اعتباره خلفا وخصما لمورثه فى وقت واحد • واستشهدت على صحة ما ذهبت اليه بالفقه والقضـــاء الفرنسيين (٦٨) •

وفى سنة ١٩٢٨ أثيرت أمام الدوائر المجتمعة لمحـــكمة الاستئناف الأهلية مسألة اختصاص المحاكم الشرعية أو المحاكم الأهلية بالفصل فى الطعن فى صحة الوقف بسبب حصوله فى مرض الموت ، وهى مسألة لم تكن تمت الى موضوع ثبوت التاريخ بأية صلة ، ففصلت الدوائر المجتمعة فيها باختصاص المحاكم الأهلية ، وقـــد ورد فى حيثيات هـــذا الحكم : « ان المريض مرض الموت اذا ما وقف ماله ولم يكن له وارث ، يكـــون وقفه بعيدا عن كل مطعن من ناحية مرضه • أما اذا كان له وارث فـــان الطعن محتمل غير محقق ، وقد ينعدم بالاجازة من الوارث ، كما أن الواقف

---

(٦٨) المحاماة ٩ رقم ٥٣٩ من ص ٩٩٦ الى ص ١٠٠٨ •

اذا أبل من مرضه لما جاز له الرجوع عن وقفه • ولا شك أن فى هــذه الظاهرة لأفصح بيان على أن الوقف فى ذاته صحيح ، وأن الواقف أهل للتصرف بالتبرع وغيره • ولين لأمر خارج عنه وعن ذاتية عقده رتب الشرع ثم القانون حكما لنفاذ الوقف أراد به صيانة حق الوارث لا بصفته وارثا يمثل مورثه فى كل حقوقه وعهــوده ، بل بصفته أجنبيــا riers تعلقت له فى ذمة الواقف حقوق ، شأنه فى ذلك شأن الدائن الذى سن القانون لحمــايته دعوى ابطـــال التصرفات من وقف أو بيــع أو غير ذلك ••• » (٦٩) •

ولم يكن لنا أن نذكر هذا الحكم ، لبعــده عن موضوعنا ، ولــكن اضطرنا الى ذكره ما كان له من أثر واضح فى الأحكام التالية المتعلقــة بهذا الموضوع • فقد استندت اليه عدة أحكام ، أخص بالذكر منها حكم محكمة الاستئناف الصادر فى ٢٧ مايو ١٩٢٩ حيث قرر : « أن التاريخ العرفى للورقتين المطعون فيهمــا وهو ••• لا عبرة به مطلقا بعــد أن صدر حكم الدوائر المجتمعة ••• بتاريخ ٥ أبريل ١٩٢٨ الذى قطع بأن الوارث الذى يطعن ضد سائر الورثة بمرض الموت يعتبر أجنبيا تعلقت له فى ذمة المورث حقوق ••• » (٧٠) •

ومن الثابت أن حكم الدوائر المجتمعة لم يعرض مطلقا لتعريف الغير بالنسبة لثبوت التاريخ ، بل اقتصر على وصف الوارث بأنه « أجنبى » فى معرض الكلام عن نفاذ الوقف • فما كان يصح أن يستند اليه حكم ٢٧ مايو ١٩٢٩ ولا الأحكام الأخرى التى حذت حــذوه ، لترتب على ذلك أن التاريخ العرفى للمحرر المطعون بصدوره فى مرض الموت لا يكون حجة

---

(٦٩) استئناف مصر (الدوائر المجتمعة) ٥ ابريل ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ٧٥٥ — ٤٦٠ •

(٧٠) استئناف مصر ٢٧ مايو ١٩٢٩ المحاماة ٩ — ٩٧٦ — ٥٢٧ ، انظر أيضا الاسكندرية الاهلية ١٦ نوفمبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ — ٥٦٨ — ٢٨٣ ، الجيزة الجزئية ٢٣ مايو ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٦٨٦ — ٢٣٩ •

على الوارث ، فان فى ذلك خلطا لا مبرر له بين الغير بالنسبة لأثر العقد ، والغير بالنسبة لثبوت التاريخ .

ومع ذلك فقد اطردت الأحكام على القول بأن الوارث مادام يدافع عن حق له يتلقاه مباشرة من القانون ، كما فى حالة مرض الموت ، يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة من مورثه ، فلا يحتج عليه بهذا التاريخ الا اذا كان ثابتا بوجه رسمى (٧١) .

وقد أجمع شراح القانون المصرى على تأييد هذا الرأى (٧٢) .

١٦ — مناقشة حجج هذه النظرية : لا تخرج حجج الشراح والمحاكم فى الأخذ بهذا الرأى عن الحجج الثلاثة التى لخصناها عن حكم محكمة مصر الصادر بتاريخ ٢٩ مايو ١٩٢٧ .

الحجة الأولى : أن الوارث الذى يطعن فى تصرفات مورثه بحصولها فى مرض الموت انما يوجه هذا الطعن ضد مورثه بالذات فى وجه بقية الورثة ، فلا يمكن اعتباره خلفا وخصما لمورثه فى وقت واحد .

وقد رأينا أن محكمة النقض المصرية استندت الى هذه الحجة فى اعتبار الوارث من الغير بالنسبة للطعن بالصورية فى المحررات الصادرة من مورثه (٧٣) . ولكن الغير بالنسبة للصورية ليس حتما أن يكون غيرا

---

(٧١) استئناف مصر ١٢ فبراير ١٩٣٠ المحاماة ١٠ — ٦٨٢ — ٣٤٠ ، ١٤ يونيه ١٩٣٦ المحاماة ١٧ — ٤١٥ — ١٩٨ .

(٧٢) كامل مرسى فى تصرفات المريض مرض الموت ص ٢٩٧ نبذة ٢٣ ، السنهورى فى الموجز ص ٦٦٩ نبذة ٦٣٨ ، بهجت بدوى فى أصول الالتزامات ، ١٩٤٣ ص ٢٩٦ نبذة ٢٠٠ ، شفيق شحاتة فى الالتزامات (بالفرنسية) ص ١٠٩ ، محمد على عرفة فى حجية المحررات العرفية ، القانون والاقتصاد السنة العاشرة ص ١٦٤ ، وقارن نشأت فى الاثبات نبذة ١٩٩ ، نجيب الهلالى باشا والدكتور حامد زكى فى عقود البيع والحوالة والمقايضة ص ٢٠٤ هامش ١ .

(٧٣) وان كنت قد خالفتها فى ذلك ، انظر ص ٥٥٣ هامش ١٠ .

أيضا بالنسبة لثبوت التاريخ ، بل لابد فى ذلك من توافر شروط خاصة .

الحجـــة الثانية : يحاول أنصار هذه النظرية أن يثبتوا أن هـــذه الشروط الخاصة تتوافـــر فى الوارث الـــذى يطعن فى تصرفات مورثه بحصولها فى مرض الموت ، فيقولون ان القانون يعطى الوارث حق الطعن فى هذه التصرفات ، فهو يثبت له بذلك حقا ذاتيا يجعله ينقلب من طبقة الخلف الى طبقة الغير بالنسبة لثبوت التاريخ .

ولكن هذه الحجة تتوقف على تعيين ماهيـــة الحق الـــذى يخوله المشرع الى الوارث ، والصفة التى يخوله بها اياه . ولابد لنا فى ذلك من الرجوع الى قواعد الشريعة الاسلامية لأنها هى المرجع فى أحكام مرض الموت .

فما هو حق الوارث على أموال مورثه فى أثناء مرضه طبقا للشريعة الاسلامية ؟

من المعلوم أن الشريعة الاسلامية وضعت قواعد للمواريث ، بينت فيها شروط استحقاق الارث ، وأنصبة الورثة ، وجعلت موت المورث وتوافر شروط الارث فيمن خلفهم من أقاربه سببا لخـــلافة ورثته على أمواله ، واعتبرت هذه القواعد متعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز للمورث مخالفتها لا بايثار بعض الورثة على البعض الآخر ، ولا بحرمان ورثته كلهم أو بعضهم من ماله لمصلحة أجنبى الا فى حدود معينة .

ومن المعلوم أيضا أن تصرفات الشخص الصحيح نافـــذة كلهـــا حال حياته ، الا أن تكون مضافة الى ما بعد موته ، كالوصية ، فانها فى هـــذه الحالة تصطدم مع حقوق الورثة ، وكان يجب حينئذ ألا تنفذ فى حقهم ، ولكن المشرع سمح للمورث أن يوصى لغير وارث بثلث تركته ، وجعل الوصية فى هذه الحدود نافذة فى حق الورثة ، وفى غير هذه الحدود لا تكون نافذة الا أن يجيزوها ، فاكتفى بأن حفظ للورثة الثلثين ازاء الأجنبى ، وحفظ لهم الكل ازاء بعضهم البعض .

أما تصرفات الشخص فى مرض موته ، فيميز الفقهاء منهـا ما هو انشائى وما هو اخبارى • فالتصرفات الانشائية ان كـانت معاوضات محضة وليس فيها محاباة فى العوض ولا أى تبرع كالبيع بثمن المثل ، فهى نافذة فى حق الورثة سواء كانت صادرة لغير وارث أو لوارث ، مع خلاف فى هذه الحالة الأخيرة بين الامام أبى حنيفة وصاحبيه • وان كانت تبرعات ، فتلحقها شبهة أن المريض ما قام بها الا لشعوره بدنو أجله ، وتعتبر كأنها مضافة الى ما بعد الموت ، ويكون حكمها حكم الوصية وان صدرت منجزة • أما تصرفاته الاخبارية ، فان كانت صادرة لأجنبى فتنفذ فى كل ماله لأنها مجرد اخبار عن ملك سابق للمقر له ؛ وان كانت صادرة لوارث فلا تنفذ فى حق باقى الورثة الا أن يجيزوها ، وذلك دفعا لشبهة ايثار بعض الورثة على البعض الآخر (٧٤) •

وقد علل الفقهاء هذه الأحـكام بأن الأصل أن حق الوارث يثبت بموت المورث ، ولكن مادام المرض تسبب فى الموت ، فيستند حكم الموت الى أول السبب وهو المرض • ويعتبر حق الوارث متعلقا بأموال المورث من وقت بدء مرض الموت (٧٥) •

وتساءل الفقهاء عن طبيعة هذا الحق الذى يثبت للوارث من وقت مرض المورث ، فقال المتقدمون منهم انه هو بعينه حق الملكية الذى يثبت للورثة بموت المورث ، وقال المتأخرون انه ليس حق ملكية ، ولكنه حق الميراث والخلافة فقط ، ولا يصير حق ملكية الا بالموت بالفعل • فهو أمر اعتبارى فرض لكى يستقيم منطق الأحكام وتتسق المبادىء الفقهية (٧٦) وهو الرأى الراجح •

---

(٧٤) أنظر كتاب المعـاملات الشرعية المالية للاسـتاذ الشيخ احمـد ابراهيم ص ٢٥٥ ، وله ايضا كتاب الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية ص ١٧٣ ، وكتاب الاحوال الشخصية للاستاذ الشيخ عبـد الوهاب خلاف ص ٢٦٣ .

(٧٥) أنظر كامل مرسى فى تصرفات المريض مرض الموت نبذة ٢٨ .

(٧٦) أنظر فى عرض هذين الرأيين ومناقشة أسانيدهما كتاب الملكية =

وبنوا على ذلك أن حق الورثة فى هذه الحالة كحق الدائنين يتعلق بمالية التركة ، أى بقيمتها التى يقومها بها المقومون ، لا بأعيانها ، سواء أكان ذلك بالنسبة للأجنبى أم بالنسبة للوارث المتصرف اليه (مع خلاف أيضا فى هذه الحالة الأخيرة بين الامام أبى حنيفة وصاحبيه) (٧٧) .

ويستفاد من ذلك أن جملة أحكام الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بتصرفات المريض مرض الموت لا هى تخول الوارث فى أثناء مرض مورثه حقا عينيا على أموال المورث ، ولا تعطيه حقا شخصيا قبل المورث اذ أنها لا تلزم المورث بشىء نحو وارثه ، وانما هى قد تقررت ضمانا لحماية حق الوارث المزمع ثبوته له بموت المورث . فهى أشبه ما تكون بالقواعد التى تنظم الضمان العام المقرر للدائنين على مجموع أموال مدينهم المعسر ، بل ان أغلب الفقهاء يذكرون تعلق حق الوارث بأموال مورثه فى مرض موته ، كما يذكرون تعلق حقوق الدائنين بهذه الأموال .

ومادام هذا هو كنه حق الوارث على أموال مورثه فى أثناء مرضه ، فيكون شأنه شأن حق الدائنين الذين ليس لهم الا الضمان العام ، أى انه لا يكفى لاعتبار الوارث من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ (٧٨) .

وفوق ذلك ، فانا اذا نظرنا الى الغرض من تقرير هذه القواعد ، وما شرعته من ضمان ، تحقق لنا أن هذا الضمان ما تقرر للوارث الا

= ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة سنة ١٩٣٩ ص ٣٠٩ نبذة ١٩٣ . ونحن اذا قرنا احكام الشريعة الاسلامية من أوضاع القانون الحديث ، الا يمكن ان نكيف هذه الاحكام بان المشرع انشأ قرينة قانونية قاطعة على ان كل تبرع يصدر من المريض فى مرض موته ، ولو منجز ، يعتبر مضافا الى ما بعد موته ، بدلا من القول باستناد حق الوارث الى وقت بدء المرض ، فنقول ان المشرع قد أرجأ أثر هذه التبرعات الى وقت الموت ، أى الى الوقت الذى تصطدم فيه مع حقوق الورثة التى تثبت لهم بالموت ، بدل القول بانه جعل لحق الورثة اثرا رجعيا من وقت المرض ليكون سابقا على التصرفات الحاصلة فى المرض ؟

(٧٧) أنظر كامل مرسى نبذة ٥٩ ، وابا زهرة نبذة ١٩٤ .

(٧٨) راجع ما سبق ص ٥٥٤ .

بصفته وارثا ، والا لحماية حقه فى الارث ، فكيف بمكن مع ذلك القول بأن هـذا الضمان حق ذاتى يجعل الوارث ينقلب من طبقة الخلف الى طبقة الغير بالنسبة لثبوت التاريخ ؟ ان غاية ما يمكن أن يقال ان قواعد هذا الضمان تجعل الوارث من الغير بالنسبة لنفاذ الوصية وما يلحق بها من تصرفات فى حقه ، ولكن من المسلم به أن الغير بالنسبة لأثر التصرفات يختلف عن الغير بالنسبة لثبوت التاريخ • وكل ما يمكن ترتيبه على هذا الضمان المقرر لحق الارث ، هو أنه اذا خالف المورث قوانين المواريث أو احتال عليها بأن قدم تاريخ التصرف الصادر منه فى مرض الموت ، جاز للوارث أن يثبت المخالفة أو الاحتيال على القانون بكافة الطرق ، كمـا يجوز لناقص الأهلية أو وارثه أن يطعن فى صحة تاريخ المحرر العرفى الصادر منه ، وأن يثبت بكافة الطرق حصول تقديم التاريخ أو تأخيره بقصد الاحتيال على قواعد الأهلية (٧٩) •

الحجـة الثالثة : يستشهد أنصار النظرية الثانية بما جرت عليه الشراح وأحكام المحاكم فى فرنسا •

وهذا الاستشهاد لا محل له لسببين • الأول أن النظام الفرنسى يختلف عن نظامنا المصرى فيما يتعلق بقواعد الوصية وما يلحق بها من تصرفات ، والثـانى انه حتى مع هـذا الاختلاف ، فليس صحيحا أن المحاكم والشراح الفرنسيين الذين تصدوا لبحث الموضوع فى أساسه يعتبرون الوارث من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ •

أما النظام فى ذاته ، فيلخص فى أن القـانون جعل لبعض الورثة كالفروع والأصول نصيبا مضمونا من مال مورثهم réserve وانه اعتبر ماعدا هذا النصيب هو القـدر الجـائز للمورث التصرف فيه بالايهاب والايصـاء quotité disponible • فاذا تصرف المورث فى أكثر من

---

(٧٩) راجع ما سبق ص ٥٥٦ •

هذا القدر ، ولم يراع الابقاء على الأنصبة المضمونة للورثة ، جاز لهؤلاء الــورثة héritiers réservataires أن يطلبــوا تكملة نصيبهم المضمون بتخفيض الوصايا أولا بنسبة كل منها الى جملة ما ينقص من الأنصــبة المضمونة لأن جميع الوصايا واجبة النفاذ فى وقت واحد فتتساوى فى نسبة تخفيضها . فاذا كان ابطال كل الوصايا لا يفى بالعجز فى الأنصبة المضمونة ، فلهم أن يبطلوا من هبات المورث ما يفى ، على أن يتنــاول الابطال الأحدث فالأقدم من هذه الهبات بحسب تواريخ صدورها لأن هــذه التواريخ هى فى الوقت ذاته تواريخ نفاذها . فاذا كانت بعض الهبات بعقود رسمية ، والبعض الآخر مستورة فى صورة عقد آخر مدون فى محــرر عرفى ذى تاريخ غير ثابت ولكنه ســابق على تاريخ العقود الرسمية ، أفيجوز للوارث أن يتمسك بالمادة ١٣٢٨ المقابلة للمادة ٢٢٨ ليبطل الهبة الأقدم تاريخا قبل الأحدث لمجرد أن تاريخها غير ثابت بوجه رسمى ؟

لقد التبس الأمر على بعض الشراح ، فذكروا الوارث ذا النصيب المضمون فى ضمن الأشخاص الذين يعتبرون من الغير فى عرف المــادة ١٣٢٨ (٨٠) .

ولكن بالتأمل يرى أن الوارث فى هذه الحالة لا يصيبه ضرر من تقديم تواريخ الهبات أو تأخيرها ، فلا مصلحة شخصية له فى التمسك بالمادة ١٣٢٨ حتى يمكن النظر فى جواز تمسكه بها أو عدمه ، لأنه اذا فرض وقوع تقديم فى تاريخ أحدث الهبات حتى تصبح أقدم من غيرها ، فان هذا لن يضر الوارث ، بل يمكن أن يضر الموهوب له فى الهبة الأخرى ، اذ يتعين على الوارث أن يبدأ بابطالها ، فان كانت ثمت مصالح متعارضة يمكن أن يكون الفصل بينها على أساس ثبوت التاريخ ، فلا يتصور أن

---

(٨٠) انظر ديمولومب جـ ١٩ نبذة ٢٠٨ ، جـ ٢٩ نبــذة ٥٢٤ ، لارومبيير المادة ١٣٢٨ نبذة ٣١ ، بلانيول وريبير جـ ٧ نبذة ١٤٨٤ ، بودرى جـ ١٥ نبذة ٢٣٥٤ .

يكون ذلك بين الوارث والموهوب له ، بل بين بعض الموهوب لهم والبعض الآخر (٨١) .

يتضح مما تقدم أنه لا شبه فى ذلك بين النظام الفرنسى ونظـام القانون المصرى ، وأنه حتى فى القانون الفرنسى ليس صحيحا أن الوارث ذا النصيب المضمون يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفيـة الصادرة من مورثه ، فلا محل عندنا للاستشهاد بآراء الشراح والمحاكم الفرنسية فى هذا الشأن .

واذن فليست هذه الحجة بأكثر صلاحية من الحجتين السابقتين لأن تقوم على أساسها هذه النظرية . ولعل من المفيد بعد ذلك أن نتأمل النتائج العملية التى قد يؤدى اليها الأخذ بهذه النظرية ليبين لنا فسادها وعدم ملاءمتها لمقتضيات العمل .

١٧ ـــ الأثر العملى للنظرية الثانية : ان الأخذ بهذه النظرية يترتب عليه أن كل شخص يموت عقب مرض كان يخشى منه هلاكه (وهذا هو الغالب فى الموت) ، ولو لم يطل هذا المرض غير أيام قليـلة ، لا يمكن الاحتجاج على ورثته بتاريخ المحررات العرفية التى صدرت منه طوال

---

(٨١) انظر بودرى جـ ١٠ نبذة ٩٩٨ ، بلانيول وريبير جـ ٥ نبـذة ١١٢ ص ١٠٧ ، بلانيول المختصر جـ ٣ نبذة ٣١١٠ مكرر ، كولان وكابيتان جـ ٣ ص ٧٤١ ، جوسران جـ ٣ نبـذة ١٧٣٢ ، وانظـر على الاخص تعليق Labbé فى سيرى ١٨٨٠ ـــ ٢٠ ـــ ٢٨١ حيث يقول :

«. . L'héritier n'est donc pas dans le cas d'invoquer l'art. 1328, en ce sens qu'il doit, jusqu'à preuve contraire, subir come vraie la date que porte l'acte s.s.p. Si l'héritier prétend que, pour intervertir l'ordre légal des imputations sur le disponible, les singnataires ont indiqué une fausse date, *l'héritier* a le droit de recourir à tous moyens de preuve pour établir la *fausseté de la date* Il prend sur lui la charge de *la preuve : il ne se prévaut pas* de l'art. 1328 ; il agit comme une partie et non comme un tiers. . La date des libéralités *lui est à peu près indifférente—»*

حياته الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمى • ومعنى ذلك أنه يتعين على كل من يتعامل مع آخر بورقة عرفية أن يسجل تاريخها فى الحال ، خشية أن يمرض المتعامل معه قبل موته مباشرة ، ولو بعد عمر طويل ، فيتعذر الاحتجاج على ورثته بتاريخ هـذه الورقة • وبتعبير آخر ان القول بأن وارث المريض مرض الموت يعتبـر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات الصادرة من المورث يجعل من الناحية العملية تسجيل التاريخ ضرورة لازمة فى كافة المحررات العرفيـة وفى جميع الأحوال ، فيصبح شرط تسجيل التاريخ قاعدة عامة ، خلافا لـما قصده المشرع من جعله حماية استثنائية • ولا يخفى ما ينطوى عليه هذا التعميم من ارهـاق للمتعاملين ومن عرقلة للمعاملات •

نعم ان بعض الكتاب الحديثين أصبحوا يميلون الى اعتبار تسجيل التاريخ قاعدة عامة يقصد بها نوع من شهر المحررات العرفية يوفر لها ثقة لا تكون لها بغير ذلك ، كما شرع تسجيل التصرفات الخاصة بالحقوق العينية العقارية شهرا لهذه التصرفات (٨٢)، ولكن هذا التعميم ، فضلا عن امكان التشكك فى ملاءمته ، لا يتفق مع قصد المشرع ، كما يظهر من الأعمال التحضيرية للقانون الفرنسى ومن تقاليد هذا القانون •

١٨ ـ الرجوع الى النظرية الأولى : شعرت محكمة الاستئناف بأنه لابد من التراجع أمام هذه النتيجة العملية ، وبدأ تراجعها فى حكم بتاريخ ٢٣ فبراير ١٩٣٦ ، وان لم ترتفع فيـه الى حـد الوصول الى التكييف القانونى الصحيح ، حيث قالت ان :

« الأصل أن الوارث يعتبر خلفا لمورثه ، وعلى ذلك تكون المحررات العرفية الصادرة من المورث حجة عليه ، الا أن هناك حالات يكون الوارث فيها من الغير بالنسبة للتصرفات الصادرة من مورثه : ففى هذه الحالات

---

(٨٢) بهجت بدوى ، أصول الالتزامات ١٩٤٣ ص ٢٩٦ نبـذة ٢٠٠ ، شفيق شحاتة ، موجز الالتزامات (بالفرنسية) ١٩٤٢ ص ١١٠ •

لأجل أن يستفيد الوارث ــ باعتباره من الغير ــ بالقرينة الواردة فى م ٢٢٨ مــدنى التى تمنع الاحتجاج بالمحررات غير الرســمية على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا ثبوتا رسميا ، يجب عليه أن يثبت أنه من الأغيار الذين خول لهم القانون التمسك بهــذه القرينة ، لا أن يفرض نفسه فرضا فى مركز الغير ويتمسك بهذه القرينة بغير اثبات مــا يدعيه ، فاذا طعن ورثة فى سند صادر من مورثهم لزوجته اعتمادا على أن السند تحرر فى مرض الموت ، فهم فى هذا الوضع وان كانوا يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من مورثهم فى مرض موته ، الا أنهم فى طعنهم هذا يكونون فى مركز المدعين ، ومن ثم ، فقد وجب عليهم أن يثبتوا أن التصرف المطعون فيه وقع فعلا فى مرض الموت » (٨٣) .

وظاهر من هذه الحيثيات أن المحكمة أصابت من الناحية العمليــة الحل الصحيح ، ولكنها لم توفق فى تعليل هذا الحل ، لأنها خلطت بين أثر التصرفات القانونية وبين حجية المحررات العرفية . ذلك أنها بدأت بأن قررت ، بحق ، أن الأصل أن الوارث يعتبــر خلفــا لمورثه ، وأن المحررات العرفية الصادرة من المورث تكون حجة عليه ، ثم لاحظت أن هناك حالات يكون الوارث فيها من الغير بالنسبة للتصرفات الصــادرة من مورثه ، ولكن فاتها أن هذه الغيرية انمــا هى غيرية بالنســبة لأثر التصرفات فقط ، وليس لهــا شأن مطلقا بحجيــة المحررات العرفيــة بتاريخها ، فأدى ذلك الى القول بأنه يجوز للوارث فى هذه الحالات أن يستفيد ــ باعتباره من الغير ــ من القرينة الواردة فى المادة ٢٢٨ التى تمنع الاحتجاج بالمحررات غير الرسمية على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا ثبوتا رسميا .

فلما وصل منطق المحكمة الى هذا الحد ، وجدت أنه لابد أن يؤدى بها الى القول بأن كل من سبق لهم التعــامل مع المورث طوال حيــاته

---

(٨٣) استئناف مصر ٢٣ فبراير ١٩٣٦ المجموعة ٣٧ — ٦٩ .

لا يستطيعون الاحتجاج بالمحررات العرفية التى حصلوا عليها منه اذا لم يكن تاريخها ثابتا بوجه رسمى ، بل لا يقبل منهم أن يقيموا الدليل على صحة التاريخ العرفى ، فتراجعت أمام هذه النتيجة التى أدى اليها خلط الغيرية فى أثر التصرفات بالغيرية فى ثبوت التـــاريخ ، والتمست مخرجا لهـــا من ذلك ، وبدلا من أن تراجع المرحـــلة الأولى من تفكيرها وتصححها ، عالجت خطأ بخطأ آخر ، ولكن العلاج أفاد فى اصابة الحل الصحيح • ومن أجل ذلك قالت المحكمة ان الوارث لا يصح أن يفرض نفسه فرضا فى مركز الغير ويتمسك بهذه القرينة بغير اثبات ما يدعيه ، بل يجب عليه أن يثبت أنه من الأغيار الذين خول لهم القانون التمسك بهذه القرينة ، وذلك بأن يثبت أن التصرف المطعون فيه لم يحصـــل فى التاريخ المبين بالمحرر العرفى ، بل حصل فى تاريخ يقع فى أثنـــاء مرض الموت •

ولكن اذا تطلبنا من الوارث أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفى حتى يمكن أن يستفيد من القرينة الواردة فى المـــادة ٢٢٨ ، فمـــا هى الفائدة التى يمكن أن يرجوها الوارث من وراء هذه القرينة ؟ أليست هذه القرينة مجرد اعفاء من عبء اثبات عدم مطابقة التاريخ المدون فى المحرر العرفى للتاريخ الذى وقع فيه هذا المحرر فعلا ؟ أو لسنا اذا قيدنا بهذا الشرط الاستفادة من هذه القرينة أفقدناها كل أثر ، وأصبح نص المادة ٢٢٨ لغوا وعبثا ؟

ومع ذلك ، فقد كان من حسن الحظ أن هـــذا الخطأ الثانى أزال عيب الخطأ الأول ، وساعد المحكمة فى الوصول من الناحية العملية الى الحل الصحيح الذى كان يؤدى اليه التكييف السليم ، ألا وهو اعتبار الوارث خلفا للمورث لا غيرا بالنسبة لثبوت التاريخ ، ومطالبته — ان ادعى عدم صحة التاريخ — بأن يقيم هو الدليل على ذلك • ولعل هذا التوفيق فى الناحية العملية واطمئنان المحكمة اليه هو الذى جعل انها لم تدقق كثيرا فى التكييف القانونى ولم تلتفت الى ما تسرب اليه من عيب •

وقد صححت بعـــد ذلك محـــكمة النقض تكييف مركز الوارث ، فاعتبرته من الغير بالنسبة لأثر تصرفات مورثه الصادرة فى مرض الموت ، دون أن تعتبره من الغير بالنسبة لثبوت تاريخ المحررات العرفية الصادرة من مورثه • فقد قررت بتاريخ ٢٣ يناير ١٩٤١ أن الوارث يعتبر فى حكم الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من مورثه فى مرض الموت اضرارا بحقه المستمد من القانون ، ولذلك فان له أن يطعن على هذا التصرف وأن يثبت مطاعنه بجميع طرق الاثبات واذا لم يكن التاريخ المدون بالتصرف ثابتا رسميا ، فان له — مع تمسك الوارث الذى صـــدر لمصلحته هـــذا التصرف بتاريخه العرفى — أن يثبت حقيقة هذا التاريخ بجميع طـــرق الاثبات أيضا (٨٤) •

وقد عادت المحكمة ، فأكدت ذلك فى حكم آخر بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٤١ نقضت به حكما استئنافيا ، كان قد طعن فيه بأنه أخطأ فى تطبيق القانون ، اذ قرر — خلافا لمـــا رأته محكمة أول درجة — أن عقد البيع الصادر من المورث لا يكون حجة على ورثته فى حالة ما اذا ثبت أن المورث قد مرض قبل وفاته ولو لمدة وجيزة الا اذا كان ثابت التاريخ قبل هذا المرض عملا بالمادة ٢٢٨ مدنى ، وقال الطاعنون انه اذا كان عقد التصرف الصادر من المورث يحمل تاريخا ســـابقا على مرض الموت وكان هـــذا التاريخ غير ثابت رسميا فان كل ما للوارث الذى يطعن فيه أن يثبت حقيقة التاريخ الذى يزعمه بجميع طرق الاثبات • فقالت محكمة النقض « ان الوارث لا يعتبر فى حكم الغير فيما يختص بالتصرف الصادر من مورثه الا اذا كان هذا التصرف واقعا فى مرض الموت اضرارا بحقـــه الشرعى فى الميراث (المادة ٢٥٤ وما بعدها) [وغيريته هنا بالنسبة لأثر التصرفات] • فاذا كان التاريخ المدون بالتصرف غير ثابت رسميا وكان سابقا على بدء هذا المرض ، فان كل ما للوارث هو أن يثبت بجميع الطرق

---

(٨٤) نقض ٢٣ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ — ٨٧٩ — ٣٧١ ، المجموعة ٤٢ — ٤١٢ — ١٩٣ ، القانون والاقتصاد ١١ — ٢ — ١٩ — ٢٦ •

أن التاريخ غير صحيح وأن ابرام العقد انما كان فى مرض الموت ، وحيث ان الحكم المطعون فيه اذ لم يقم وزنا للتصرف الصادر لمورث الطاعنين من أبيه لمجرد أن تاريخه عرفى وأن الوالد توفى أثر مرض أصـابه دون بحث فى صحة هذا التاريخ والتحقق من أن ابرام العقد حصل فعلا فى مرض موت المورث ، اذ الحـكم فعل هـذا يكون قـد أخطأ فى تطبيق القانون ، ولذا يتعين نقضه ... » (٨٥) .

وهذا الحكم واضح فى أن الوارث الذى يطعن فى تصرفات مورثه بأنها صـدرت منه فى مرض الموت لا يعتبر من الغير الـذين يجوز لهم التمسك بالمادة ٢٢٨ .

وانى أعتقد أنه قد رد الأمر الى نصابه ، وانه يستحق كل التأييد للأسباب التى دفعت بها حجج الرأى المخالف . وقـد رأيت — ازاء اجماع الشراح على الرأى الآخر — ضرورة التنبيه الى هذا الحكم ، أملا فى أن يكون ذلك داعيا على الأقل الى اعادة النظـر فى الموضوع ، تمهيدا للرجوع الى المبادىء السليمة (٨٦) .

---

(٨٥) نقض ١٨ ديسمبر ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٦٦١ — ٢٢٧ .

(٨٦) قلنا بذلك فى بحثنا هـذا فى سنة ١٩٤٤ ، ومنذ ذلك الحين اخـذ الفقه والقضاء يتحولان من الرأى المخالف الى الرأى الذى نادينا به فى هـذا البحث .

وكان فى مقدمة من ايدونا فى هذا الرأى بعد ان قال فى كتابه الموجز فى الالتزامات (١٩٣٧) بالرأى الاخر ، استاذنا الفقيـه الكبير الدكتور عبـد الرزاق السنهورى فقد عنى سيادته بمناسبة تناوله موضوع الاثبات فى الجزء الثانى من كتابه الوسيط سنة ١٩٥٦ باعادة بحث الموضوع بعد بحثنا المعاد نشره فيما تقدم وانتهى الى اعتماد رأينا وصرح بذلك فى ص ٢٠٦ حيث قال : « وقد اخذ الفقه المصرى يتحول عن الرأى الاول الخاطىء الذى يذهب الى اعتبار الوارث من الغير فى التصرفات الصـادرة من مورثه فى مرض الموت ، ويرجع الفضل فى هذا التحول الى الاستاذ سليمان مرقس فقد أثبت فى مقاله القيم « قوة المحررات العرفية فى الاثبات وحجية تاريخها على الوارث الذى =

= يطعن فيها بصدورها فى مرض الموت » (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٣٠٤) خطأ الرأى الشائع فى الفقه المصرى ، ثم خلص من ذلك الى التنبيه لما لهذا الراى الخاطىء من أثر عملى سيىء ... » .

ومن بعد الاستاذ السنهورى أخذ بهذا الرأى أيضا الاستاذ محمد عبد اللطيف فى قانون الاثبات جـ ١ سنة ١٩٧٠ نبذة ١٦٢ ص ١٦٢ وما بعدها ، والاستاذ الدكتور عبد المنعم الصدة فى كتابه فى الاثبات ص ١٤٣ .

وقد عرض الاستاذ حسين المؤمن المحامى ببغداد فى الجزء الثالث من نظرية الاثبات الذى تناول فيه المحررات او الادلة الكتابية ، بغداد سنة ١٩٧٥، عرض سيادته هذا الخلاف وتتبع الراى القديم وأقوال من اعتنقوه قبل نشر بحثنا سالف الذكر فى سنة ١٩٤٣ وقال ان بحثنا المذكور كان أول تنبيه الى خطأ الراى السابق ، وانه منذ ذلك الحين بدأ تحول الشراح نحو الراى الجديد الذى قلنا به وأشار فى ذلك الى مؤلفات الاساتذة السنهورى واحمد نشأت وعبد المنعم الصدة وادوار عيد ، ثم أشار الى تحول القضاء المصرى ايضا تدريجيا الى هذا الراى والى أن محكمة التمييز العراقية مازالت تأخذ بالراى الاول (حسين المؤمن جـ ٣ ص ٣٤٩ وما بعدها) .

وانظر فى تحول محكمة النقض المصرية الى هذا الراى احكامها المشار اليها فى مؤلفنا « أصول الاثبات واجراءاته » الجزء الاول فى الادلة المطلقة سنة ١٩٨١ ص ٢٣٨ ، ويضاف اليها نقض مدنى ٧ يونيه ١٩٨٣ فى الطعن رقم ١٤ سنة ٥٠ ق ، ١٥ مايو ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٩٣٥ سنة ٤٩ ق .

وقبل أن يظهر هذا التحول فى الفقه والقضاء ، كانت لجنة تنقيح القانون المدنى متأثرة بالراى السابق ، قد وضعت على أساسه النص الذى أصبح المادة ٩١٦ فقرة ثانية مدنى . وقد انتقد الاستاذ السنهورى نفسه هذا النص ورأى وجوب تفسيره بما يتفق والمبادىء الصحيحة التى تقدم بيانها (السنهورى فى الوسيط جـ ٢ ص ٢١١ ، وفى الوجيز ص ٦٠٢ هامش) . وقد أخذت محكمة النقض بهذا التفسير فى حكمها الصادر فى ١١ مايو ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض ١٨ — ٩٧٤ — ١٤٦ .

ومن أسف أن محكمة النقض بعد أن اطردت احكامها على الرأى الصحيح الذى تقدم عرضه ، يبدو أنها تأثرت من جديد فى أحد أحكامها الذى صدر بتاريخ ٦ ديسمبر ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٨١٦ سنة ٤٣ ق (مجموعة احكام النقض ٢٨ — ١٧٤٢ — ٢٩٩) بالصياغة الخاطئة لنص المادة ٢/٩١٦ مدنى المشار اليها آنفا حيث قررت أن اثبات التاريخ لا يكون الا باحدى الطرق التى عينها القانون ، ولا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بانه صدر فى مرض الموت بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، الا ان هذا التاريخ يظل حجة عليهم الى ان يثبتوا هم عدم صحته وان التصرف صدر فى تاريخ آخر توصلا منهم الى اثبات أن صدوره كان فى مرض الموت . ولما كان الحكم المطعون فيه — وعلى ما سلف البيان — قد خلص فى حدود السلطة التقديرية للمحكمة الى ان تاريخ العقدين غير صحيح وانهما حررا فى تاريخ واحد وفى خلال فترة اشتداد مرض الموت على =

= المورث . وقد انتهى هذا المرض بوفاته ، فان النعى عليه بهذا السببيكون في غير محله .

ولكن لحسن الحظ انه يبين من وقائع الدعوى ان تصرفات المورث لم تجعل غير نافذة فى حق الورثة لمجرد عدم ثبوت تاريخها بوجه رسمى قبل مرض الموت — كما قد يتبادر الى الذهن من المبدأ الذى قررته المحكمة . وانما بنى عدم نفاذها فى حقهم على ثبوت تحريرها فى خلال فترة اشتداد المرض على المورث فيبقى المبدأ الذى اطرد عليه قضاء المحكمة من قبل ثابتا ولا ينال منه ما قرره هذا الحكم فى صدره .

نظرية تبعـــة الهـــلاك

فى القانونين الفرنسى والمصرى المقارنين (*)

عبارة تبعة الهلاك تعبر فى لغة القانون عن خطر من نوع خاص هو الذى يتعرض له الشخص المدين بالتزام متعلق بشىء عندما يتلف هذا الشىء أو يهلك كليا أو جزئيا بفعل قوة قاهرة أو حادث مفاجىء ، فيصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا (١) .

والأصل أن التزام المدين ينقضى باستحالة تنفيذه أو بهلاك محله بحادث فجائى أو بقوة قاهرة هلاكا يجعل تنفيذه مستحيلا ، فيترتب على هلاك محل الالتزام بسبب قوة قاهرة ابراء المـــدين من التزامه (٢) ، فيتعين حينئذ بيان مركز الدائن ازاء هـــذه الحالة ومصير حقوقه ازاء مدينه وكذلك مصير التزاماته ازاء انقضاء التزامات مدينـــه التى برئت ذمته منهـــا بسبب القوة القـــاهرة ، لتحـــديد أى من الطرفين ، المدين بالالتزام الذى هلك محله أو الدائن بذلك الالتزام هو الذى سيتحمل فى

(*) ترجمة بحث نشر فى ظل القانون المدنى الملغى باللغة الفرنسية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ١٩٣٦ العدد السابع من ص ٣٢٢ الى ص ٣٥١ .

وظهر بعده فى سنة ١٩٥٠ رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة للدكتور محمد زكى عبد البر بعنوان نظرية تحمل التبعة فى الفقه الاسلامى الجزء الاول فى الفقه الحنفى .

وانظر فيما استجد بعد ذلك فى التقنين المدنى الجديد وفى أحكام القضاء الحديثة مؤلفنا فى عقد البيع ط ٤ سنة ١٩٨٠ نبذة ٢٦٠ وما بعدها ص ٤٦٤ وما يليها ، ومؤلفنا فى عقد الايجار ط ٤ سنة ١٩٨٦ ص ٧٦٨ وما بعدها .

(١) دالوز ، تعليقات على التقنين المدنى الفرنسى المادة ١١٣٨ نبذة ١٩ .

(٢) أنظر فى الاثر المبرىء للقوة القـــاهرة ، رسالتنا فى نظـــرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ النسخة الفرنسية ص ٢٤٥ وما بعدها .

النهاية تبعة ذلك الهلاك ، أو بعبارة أعم تبعة استحالة التنفيذ الراجعة الى سبب مفاجىء أو قوة قاهرة .

يختلف الجواب عن هذا السؤال بحسب ما اذا كان الالتزام ناشئا من عقد ملزم جانبا واحدا ، أو من عقد ملزم الجانبين .

١ — فى العقود الملزمة جانبا واحدا :

فى العقود الملزمة جانبا واحدا اذا انقضى محل التزام المدين أو أصبح مستحيلا بقوة قاهرة ، ينقضى العقد ويتحلل منه كل من طرفيه . غير أن القوة القاهرة تترك أثرها فى ذمة الدائن اذ أنها تحرمه دون مقابل من الأداء الذى كان مستحقا له ، أى أن القوة القاهرة التى تحول دون أداء المدين ما تعهد به ، لا تلحق به أية خسارة ، اذ أنها تقضى الالتزام الذى كان فى ذمته وتبرئه منه ، ويعكس هـذا الابراء خسارة للدائن ، وتكون النتيجة أن هلاك محل الالتزام (أو استحالة وفاء الالتزام) تقع على عاتق الدائن ، فهو الذى يتحمل تبعة الهلاك res perit creditori (المواد ١١٤٧ و ١١٤٨ و ١٣٠٢ مدنى فرنسى) . وقـد أورد التقنينان المدنيان المصريان القديمان نصا يعتبر تطبيقا صريحا لذلك فى عقد الرهن الحيازى (المادة ٥٤٤ مدنى أهلى والمادة ٦٦٦ مدنى مختلط) وقد اتبع هذا الحكم ذاته فى عقدى الوديعة وعارية الاستعمال .

غير أن هذا الحكم الذى يبدو بدهيا لا يخلو من قسوة بالنسـبة الى الدائن ، اذ لا يوجد أى سبب يبرر القاء تبعة الهـلاك عليه وحده — لا على المدين — ودون اشراك المدين معه فى تحملهـا مادام الهلاك راجعا الى حادث فجائى أو قوة قاهرة وليس أى من الطرفين مسئولا عن حدوثه . ويجوز التساؤل ازاء ذلك عما اذا كانت العدالة لا تتطلب فى هذه الحالة توزيع تبعة الهـلاك على الطرفين بدلا من القائها كلها على عاتق أحدهما دون الآخر . وقد أخذ التقنين المدنى البرتغالى بهذا الحل فيما يتعلق بعارية الاستعمال فى الحالة التى تهلك فيها العارية بحادث فجائى لم يكن

ليتحقق لو بقيت العارية فى حيازة مالكها المعير (المادة ١٥١٧ مدنى برتغالى) ، ولكن هذا الحل أملته اعتبارات خاصة بعقد عارية الاستعمال ولا يصح تعميمه والأخذ به فى سائر العقود •

ومع ذلك فمن المسلم أن المدين الذى ينقضى التزامه بسبب حادث فجائى أو قوة قاهرة لا يسوغ له أن يثرى على حساب دائنه ، فيجب عليه وفقا للمادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى اذا نشأت له حقوق أو دعاوى تعويض بسبب هلاك الشىء الذى كان ملتزما باعطائه للدائن أن يحيل هذه الحقوق أو الدعاوى الى دائنه بهذا الشىء • وقد استلهم واضعو قانون نابوليون هذا الحكم من بوتييه • غير أن النظر الى هذا الحكم فى ضوء قاعدة القانون الفرنسى الحديث المتعلقة بالالتزام باعطاء شىء والتى تقضى بأن الالتزام بتسليم شىء يصبح تاما بمجرد اتفاق العاقدين عليه (المادة ١/١١٣٨) ، لا يدع له محلا ، لأن الحقوق والدعاوى المتعلقة بالشىء الذى هلك تنشأ مباشرة فى ذمة مالكه ، وهو الدائن ، فلا يبقى اذن للمدين أن ينقل الى هذا الأخير شيئا من الحقوق أو الدعاوى ، ومع ذلك فقد وجد مثل هذا النص فى التقنينات التى صدرت بعد صدور تقنين نابوليون ، ومنها نص المادة ١٢٩٩ مدنى ايطالى ، ونص المادة ١١٨٦ مدنى أسبانى ، ونص المادة ٢٨١ مدنى ألمانى ، ونص المادة ١٣٠١ مدنى لولاية كيبيك ونص المادة ٣٣٧ التزامات مغربى ، ونص المادة ٢٢٥ مدنى صينى • ويرجع ذلك الى أنه مازالت توجد حالات يحتاج فيها الى تطبيق مثل هذا النص ، كما فى حالة الالتزام باعطاء شىء المعلق على أجل يتم فيه نقل الملكية (٣) وحالة الالتزام بعمل أو بامتناع (٤) • صحيح ان المادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى (ومثلها فى ذلك المادة ١٢٩٩ مدنى ايطالى) لا تتحدث الا عن الالتزام باعطاء شىء ، ولكن صحيح أيضا

---

(٣) انظر ايضا الحالة التى اشار اليها هيك (فى ج ٨ نبذة ١٨٦) وهى حالة بائع الشىء المعار او المرهون لدى شخص قبل أن يتحمل نتائج الحادث الجبرى أو القوة القاهرة •

(٤) أنظر ديموج ج ٦ نبذة ٦٢١ مكرر ص ٦٧٤ •

أن مواد التقنينات الأخرى التى تقدمت الاشارة اليها تتحدث فى صيغة عامة عن جميع أنواع الالتزامات ، ولذلك نعتقد أن حكمها يجوز الأخذ به بالنسبة الى جميع الالتزامات فى القانون الفرنسى وكذلك فى القانون المصرى •

وبناء على ذلك اذا حدث تعرض لمستأجر بفعل مقاول للأشغال العامة ، فانه يجوز له أن يرجع على المؤجر بتعويض الأضرار الناشئة له من هذا التعرض ، ويكون للمؤجر الرجوع على مقاول الأشغال العامة وعلى المصلحة العامة التى أسندت اليه هذه الأشغال ، فاذا لم يستعمل المؤجر حقه فى هذا الرجوع فلا يلومن الا نفسه (٥) •

ويلاحظ أن نص المادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى الذى وضع للحيلولة دون أن يثرى المدين على حساب الدائن ولتخفيف الخسارة التى تقع على عاتق هذا الأخير ليس الا نصا احتياطيا موضوعا لتطبيقه فقط فى حالة هلاك الشىء أو استحالة تنفيذ محل الالتزام ، أما اذا وجد الشىء بعد فقده ، فيعود للدائن حق المطالبة به ، على أن يرد هو الى المدين ما يكون قد تلقاه منه من حقوق أو دعاوى بديلة • وقد نص على ذلك صراحة تقنين جمهورية فنزويلا (أنظر ر • دى لاجراسيرى
R. De la Grasserie, Paris 1897, p. 184.

ومن جهة أخرى فان نص المادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى لا يكفل للدائن حماية كاملة ضد اثراء المدين على حسابه ، اذ أنه بتقريره الزام المدين أن ينقل الى الدائن الحقوق والدعاوى التى تتعلق بالشىء الذى هلك ، انما يترك الدائن معرضا لمزاحمة سائر دائنى مدينه ، بحيث يتحقق للمدين اثراء على حساب دائنه بالشىء الذى هلك بقدر ما يصيبه سائر دائنيه من قسمة الغرماء • ولا يقتصر هذا العيب على نص المادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى ، بل يلحق أيضا نصوص بعض التقنينات الأخرى ، كنص

---

(٥) استئناف ديجون ١٢ ديسمبر ١٨٦٦ سيرى ١٨٦٧ — ٢ — ١٨٣ •

المادة ٢٨١ مدنى ألمانى ، ونص المادة ١٢٠١ مدنى لولاية كيبيك ، ونص المادة ٢٢٥ مدنى صينى ، وكان يتعين لتفادى هذا العيب أن ينص على أن الحقوق والدعاوى التى تتعلق بالشىء الذى هلك تنتقل الى الدائن بهذا الشىء مباشرة وبقوة القانون ، أى انهـا لا تمر بذمة المـدين ولا يستفيد منها سائر دائنيه ، وقـد نص على ذلك صراحة كل من التقنين المدنى الايطالى فى المادة ١٢٩٩ منه ، والتقنين المدنى الأسبانى فى المادة ١١٨٦ منه والتقنين المغربى للالتزامات والعقود فى المـادة ٣٣٧ منه • ويمكن الأخذ بهذا الحكم فى القانون المصرى — رغم عدم النص عليـه فيه صراحة — بالتطبيق لأحكام الاثراء على حساب الغير •

(ثانيا) فى العقـود الملزمة الجانبين

فى العقود الملزمة الجانبين يثور السؤال عما اذا كان العقـد الذى يصبح التزام أحد طرفيه مستحيلا بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائى يظل باقيا أم ينفسخ بقوة القانون نتيجة للاستحالة الناشئة بسبب القوة القاهرة وما اذا كان العاقد الذى أصبح التزامه مستحيلا بسبب القوة القاهرة يبقى له أو لا يبقى له حق مطالبة العاقد الآخر بالالتزام المقابل للالتزام الذى كان مستحقا له والذى انقضى بسبب القوة القاهرة • فاذا قيل بالايجاب كان مفاد ذلك أن تبعة هلاك الالتزام الذى صار مستحيلا تقع على عاتق الدائن ، وبالعكس من ذلك اذا قيل بالنفى ، كان مؤدى ذلك وقوع تبعة الهلاك على المدين • وهذا التساؤل يثير مسألتين فى وقت واحد هما مسألة تبعة الهلاك ومسألة الأثر الفاسخ للقوة القاهرة • وفيما يلى سنحاول الكشف عن القاعدة العـامة التى تؤدى الى حل هـاتين المسألتين معا ، ثم نجرى تطبيق هـذه القاعدة على هلاك المبيع فى عقد البيع •

(أولا) القـاعدة العـامة :

لم تشر المواد ١١٤٧ و ١١٤٨ و ١٣٠٢ مدنى فرنسى التى نصت على أثر القوة القاهرة فى ابراء ذمة المدين بانقضاء التزامه الى أثرهـا الفاسخ للعقود ، ولا توجد فى نصوص التقنين المدنى الفرنسى الأخرى قاعدة عامة فى شأن هذا الأثر الأخير ، وانما توجد بعض نصوص معينة فى حالات خاصة •

فمن هذا القبيل الأخير نجد المادتين ١٧٢٢ و ١٧٤١ مدنى فرنسى فى شأن ايجار العمل والمقاولة والشركة وهما تنصان على انفساخ العقد بسبب استحالة تنفيذ التزامات أحد العاقدين ، واذا كان يمكن النظـر الى هذين النصين على أنهما تطبيقان لقاعدة عامة تقضى بانفساخ العقد بسبب استحالة تنفيذ التزام أحـد العاقدين الراجعة الى القوة القاهرة ووضع تبعة الهلاك على عاتق المدين ، فانه يمكن أيضا النظر اليهمابالعكس من ذلك على أنهما استثناءان من قاعـدة عامة تبقى على العقـد وعلى التزامات الدائن النـاشئة منه وتضع بالتالى تبعة الهـلاك على عاتق الدائن •

والتقنينات المصرية ــ رغم أنها لم تورد مقابلا لنص المادة ١٣٠٢ مدنى فرنسى الخاص بالأثر المبرىء للقوة القاهرة من التزام المدين ، قد حوت نصوصا كاملة تنظم أثر القوة القاهرة الفاسخ للعقود •

فالمادة ٢٤٠/١٧٧ تنص على أن تنقضى الالتزامات بالفسخ اذا صار الوفاء بها بعد نشوئها مستحيلا •

والمادة ٢٤١/١٧٨ تقضى بأنه اذا صار الوفاء بالالتزام مستحيلا بخطأ المدين أو اذا حدثت الاستحالة بعـد اعذاره للوفاء ، فانه يلـزم بالتضمينات •

والمادة ٢٤٢/١٧٩ تضيف أنه اذا انفسخ التعهد بسبب عدم امكان

الوفاء تنفسخ أيضا كافة التعهدات المتعلقة به بدون اخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها فى نظير ما حصل عليه غيره من المنفعة بغير حق ولا يترتب على الفسخ اخلال بحقوق الدائنين المرتهنين حسنى النية • وكذلك أكثر التقنينات الأجنبية فانها تتناول أثر القوة القاهرة الفاسخ للعقود بنصوص خاصة •

فينص التقنين المدنى الألمانى فى المادة ٣٢٣ منه على ما يلى :

فقرة أولى — اذا صار الأداء الواقع على عاتق أحد طرفى العقد الملزم للجانبين مستحيلا بسبب لا تقع مسئوليته على أى من الطرفين . فان ذلك الطرف يفقد الحق فى الأداء المقابل •

فقرة ٢ — فاذا كان الأداء المقابل الذى أصبح غير مستحق وفقا للفقرة السابقة قد تم تنفيذه ، فان ما تم تنفيذه يمكن استرداده طبقا لأحكام رد الاثراء الحاصل دون سبب •

وينص كل من تقنين الالتزامات السويسرى (فى المادة ١١٩ منه) وتقنين الالتزامات التركى (فى المادة ١١٧ منه) على أن الالتزام ينقضى متى أصبح الوفاء به مستحيلا بسبب ظروف لا يد للمدين فيها ، وفى العقود الملزمة للجانبين يصبح المدين الذى انقضى التزامه بسبب الاستحالة الطارئة ملزما بأن يرد . وفقا لقواعد الاثراء دون سبب ، ما وصله من الطرف الآخر ، ولا يجوز له المطالبة بما كان باقيا له فى ذمة ذلك الطرف » •

وتنص المادة ١٢٠٢ من قانون ولاية كيبيك على أنه اذا أصبح الوفاء بالتزام بأداء عمل مستحيلا بدون فعل المدين أو خطئه وقبل أن يعذر هذا الأخير ، ينقضى الالتزام وتبرأ ذمة كل من العاقدين ، غير أنه اذا كان الالتزام نفذ فى جزء منه لصالح الدائن ، يبقى هذا الأخير ملزما فى حدود الفائدة التى عادت عليه • ويقرب من ذلك نص المادة ٣٣٨ من

القانون المغربى للالتزامات والعقود حيث ينص على أنه اذا كان عـدم وفاء الالتزام راجعا الى سبب لا دخل فيـه لارادة أى من المتعاقدين فان التزامه ينقضى ، ولكن لا يكون له حق اقتضاء الأداء الذى التزم به العاقد لآخر . فاذا كان هذا قـد أوفى بالتزامه كان له الحق ـ حسب الأحوال ـ فى أن يسترد كل ما أداه أو بعضه .

وأخيرا فان قانون الجمهورية الفضـية ينص كـذلك على أنه اذا صار الوفاء بالالتزام مستحيلا دون خطأ من المدين ، انقضى الالتزام بالنسبة لطرفيه ، ويتعين على المدين أن يرد الى الدائن ما تسلمه منـه وفاء لالتزامه .

ولعدم وجود مثل هذا النص فى القـانون الفرنسى ، لجأ القضاء الفرنسى فى اعمال الأثر الفاسخ للقوة القـاهرة الى طريق الاسـتدلال بمفهوم المخالفة من نص المادة ١١٨٤ المتعلق بفسخ العقد بسبب عـدم وفاء أحد عاقديه بالتزاماته ، فقرر أن فسخ العقد بسبب الاسـتحالة الناشئة عن قوة قاهرة يتم بقوة القانون ، ولكنه اشترط فى ذلك صدور حكم من القضاء بفسخ العقد (٦) . غير أن هذا الشرط الأخير محل نظـر لأنه شرط خاص بعدم الوفاء الذى يكون راجعا الى فعل المدين المنصوص عليه فى المادة ١١٨٤ ، وهو نص مسلم بأنه هو ذاته مجرد تطبيق للمبدأ العـام القاضى بالارتباط المتبادل لالتزامات الطرفين فى العقـد الملزم للجانبين الذى بمقتضاه يعتبر وجود التزام كل من الطرفين وتنفيذه سببا فى وجود التزام الطرف الآخر وتنفيذه ، فالحادث المفاجىء الذى يجعل التزام أحد الطرفين مستحيل الوفاء يجعل من تلقاء ذاته الالتزام المقابل له ينقضى لانعدام سببه (٧) ، على أن تكون الالتزامات المتقابلة التزامات

---

(٦) انظر سانتناك فى القوة القاهرة والحادث المفاجىء فى عقد النقـل بطريق السكك الحديدية رسالة من تولوز ١٩٠٨ ص ٢٠٣ .

(٧) كولان وكابيتان جـ ٢ طبعة سابعة نبذة ٩٢ وما بعدها ص ٨٢ وما بعدها ، بلانيول جـ ٢ ص ٤٥٣ نبذة ١٣٥٧ ، جوسران جـ ٢ ص ١٧٣ نبـذة ٣٦٧ . وقارن عكس ذلك ديمولومب ٢٤ ص ٤١١ .

أساسية يعتبر كل منها فى جانب أحد طرفى العقد سببا للالتزامات التى فى ذمة الطرف الآخر ، لأنه اذا كان الالتزام الـذى صار مستحيلا التزاما ثانويا ، فان العقد يظل قائما دون تغيير (٨) • ومن المقرر أن مبدأ انفساخ العقود بسبب استحالة الوفاء بالتزامات أحد الطرفين يعتبر مبدأ ساميا من مبادىء القانون المكتوب ويمكن لذلك اعتبـاره قائما ضـمنا فى كل تشريع (٩) •

فالأثر الفاسخ للقوة القاهرة يؤدى الى اعادة العاقدين الى الحالة التى كانا عليها وقت العقد . ما لم يكن محل العقد التزامات مستمرة أو متجددة تم تنفيذ بعضها من كل جانب ، ففى هـذه الحالة يلغى العقـد بالنسبة الى المستقبل فقط résiliation • ولكن متى انفسخ العقـد لاستحالة تنفيذ أحد الالتزامات الناشئة منه ، فان المدين بالالتزام الذى صار مستحيلا لا يجوز له أن يطالب بالالتزام المقابل • واذا كان قـد اقتضاه كله أو بعضه وجب عليه رد ما اقتضاه (١٠)، لأن ما اقتضاه يعتبر اثراء بلا سبب كما يقول نص المادة ٢٤٢/١٧٩ مدنى مصرى ، وكذلك نص المادة ٣/٣٢٣ من التقنين المدنى الألمانى •

وبالرغم من أن نص المادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى يبدو أنه قد وضع ليحكم حالة العقود الملزمة لجانب واحد ، فلا مانع يمنع من تطبيقه فى حالة العقود الملزمة للجانبين اذا طلب ذلك الدائن بالالتزام الذى صار مستحيلا . غير أنه اذا طالب هذا الدائن مدينه بأن يحيل اليه الدعاوى والتعويضات التى نشأت له بسبب الالتزام الذى صار وفاؤه مستحيلا ، فانه يعطل بذلك الأثر الفاسخ للقوة القاهرة ويبقى ملتزما بالتزامه المقابل

---

(٨) ديموج جـ ٦ ص ٦٠٧ نبذة ٦١٥ ، لوران جـ ١٦ نبذة ٢٧٠ • وتميز المادة ١٥٩٥ من التقنين المدنى الايطالى صراحة بين عدم الوفاء بالتـزام اساسى وبين عدم الوفاء بالتزام ثانوى •

(٩) انظر تعليقا بهذا المعنى فى دالوز الدورى ١٨٣٦ — ١ — ٣٤٠ •

(١٠) ديموج جـ ٦ نبذة ٦٢١ ص ٦٧٣ •

للالتزام الذى صار مستحيلا (١١) ، ولكن اذا كانت قيمة تلك الدعاوى أو التعويضات تقل عن قيمة الأداء المقابل ، فيطبق على هذا الأداء حكم القوة القاهرة التى تحول دون وفاء الالتزام جزئيا ولا تصل الى حد تسبيب الاستحالة الكلية .

ولم يرد فى التقنينين الفرنسى والمصرى نص على المبدأ الذى يحكم حالة الاستحالة الجزئية أو الهلاك الجزئى ، وان وجدت فيهما بعض نصوص تطبيقية فى حالات معينة كالمادة ٢٩٨/٣٧٢/١٦٣٦ فى باب البيع (١٢) ، والمادة ٣٧٠ فقرة ٣/٤٥٥/١٧٢٢ فى باب الايجار ، ففى باب البيع يخول النص المشترى الخيار بين فسخ العقد أو الابقاء عليه بالثمن المسمى ، وفى باب الايجار يفرق النص بين حالة ما اذا كان الشىء الذى هلك أو تلف أصبح غير صالح للاستعمال كلية ، أو بقى صالحا للاستعمال جزئيا ، ويقضى بانفساخ العقد فى الحالة الأولى ، وبالابقاء عليه فى الحالة الثانية مع تخويل المستأجر حقا فى تخفيض نسبى للأجرة . ومن العسير أن نستنبط من هذه النصوص الخاصة بحالات معينة مبدأ عاما .

وخلافا للتقنينين الفرنسى والمصرى تضمنت بعض التقنينات الأجنبية أحكاما عامة لحالة استحالة الوفاء الجزئية بسبب القوة القاهرة. فبعضها كالقانون الألمانى (المادة ١/٣٢٣) وقانون كيبيك نص على نقض الالتزام المقابل ، والبعض الآخر كقانون الالتزامات السويسرى (المادة ٢٥٥) ، وقانون الجمهورية الفضية (المادة ٦١٤)، والقانون المغربى (المادة ٣٣٦)، نصت على تخويل الدائن فى هذه الحالة الخيار بين فسخ العقد وبين الابقاء عليه مع تخفيض نسبى للأداء المقابل .

---

(١١) هذه الرخصة مقررة للدائن صراحة بنص المادة ٢/٣٢٣ مدنى المانى ولكنها لا تعدو أن تكون تطبيقا للقواعد العامة ويجوز الالتجاء اليها سواء فى القانون الفرنسى أو فى القانون المصرى رغم انهما لا ينصان عليها .

(١٢) أنظر ايضا المادة ٣/١١٨٢ مدني فرنسي .

ويبدو أن الأستاذ والتون كان يحبذ حكم قانون ولاية كيبيك (١٣) ، غير أن هذا الحل قد يكون ضارا بالدائن اذا كان الوفاء الجزئى لايناسبه ، والحل الآخر الذى يعطى الخيار للدائن يضر بالمدين لأنه يحمله فوق تبعة الهلاك الذى يقع بقوة قاهرة أسوأ الخيارين المتروكين للدائن ، فيكون الأقرب الى العدالة الأخذ بالحل الذى نص عليه فى باب الايجار ، وهو الابقاء على العقد مع تخفيض نسبى للأداء المقابل للأداء الذى استحال وفاء جزء منه ، ما لم يثبت أن الوفاء الجزئى لا فائدة منه للمدين ، ففى هذه الحالة يصبح الفسخ متعينا (١٤) .

الخاتمة — انه يتعين القول بأن القوة القاهرة تعفى المدين فى العقود الملزمة للجانبين من التزامه الذى صار مستحيلا . ولكنها تلقى عليه فى النهاية تبعة الهلاك ، لأنها بفسخها العقد تبرىء الدائن أيضا من التزاماته ، فتقع تبعة الهلاك على المدين res perit debitori (١٥) ، فهو وحده الذى يتحمل خسارة الهلاك ، وذلك بعكس القاعدة التى رأينا شدتها بالنسبة للدائن فى العقود الملزمة لجانب واحد (١٦) ، فهذه الشدة تنقلب فى هذه الحالة على المدين .

(ثانيا) تطبيق القاعدة على عقود البيع والتصرف :

ولو أن القانون الفرنسى والقانون المصرى قد اعتنقا كلاهما كقاعدة عامة المبدأ الذى يجعل تبعة الهلاك على عاتق المدين ، فانهما يبدوان فى الظاهر على الأقل أنهما اختلفا فيما يتعلق بتبعة الهلاك فى عقود البيع والتصرف .

---

(١٣) والتون فى الالتزامات جـ ٢ ص ٤٧٨ وفى هذا المعنى دموج جـ ٦ ص ١٣٦ نبذة ١٢٥ .
(١٤) فى هذا المعنى بلانيول جـ ٢ ص ٤٤٨ نبذة ١٣٢١ .
(١٥) جوسران جـ ٢ نبذة ٣٦٦ وما بعدها ص ١٧٢ وما بعدها ، كابيتان الطبعة السابعة جـ ٢ نبذة ٩٣ .
(١٦) انظر ما تقدم فى ص ٦٠٤ .

فالمادة ١١٣٨ مدنى فرنسى يبدو أنها انصرفت عن هذه القـاعدة وأخذت بحكم مغاير فيما يتعلق بالالتزام باعطاء شىء معين ، مؤداه أن القوة القاهرة لا تفسخ العقد ، فهى تبرىء المدين من التزامه ولكنها تدع الدائن ملزما بالأداء المقابل لأداء المدين الذى صار مستحيلا ، ذلك أن نص المادة ١١٣٨ يلقى تبعة الهلاك على عاتق المشترى ، الذى يعتبـر دائنا بالشىء الذى هلك ومالكا له (١٧) •

ويعزز حكم هـذا النص نصوص كل من المـواد ١٥٨٣ و ١٥٨٥ و ١٥٨٦ الواردة فى الفصل الخاص بعقد البيع •

أما فى القانون المصرى ، فيبدو أن المشرع أخذ بعكس ذلك حيث ان المادة ٢٩٧/٣٧١ مدنى تجعل الهلاك على عاتق البائع حتى يتم التسليم. فيبدو أن هذا النص وكثير غيره من النصوص الأخرى تطبق على عقـود البيع القاعدة العامة التى تجعل الهلاك على عاتق المدين ، بخلاف نص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى •

فيظهر أن الحلين اللذين أخذ بأحدهما القانون الفرنسى وبالآخر القانون المصرى على طرفى نقيض ، ولكن الواقع غير ذلك ، وسأبين فيما يلى أن القانونين يلتقيان فيما ذهبا اليه فى هذا الخصوص ولا يتعارضان•

وسأبدأ بعرض حكم القانون الفرنسى فى هذا الشأن ثم أستهدى بدراسة القانون المقارن وبخاصة بحكم الشريعة الاسلامية فى صدده . وسيمكننى ذلك من استجلاء نصوص القانون المصرى وتقريب حكمها من حكم القانون الفرنسى •

---

(١٧) تنص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى على ان الالتزام بتسليم شىء يتم بمجرد توافق ارادة المتعاقدين ، فيجعل الدائن مالكا ويضع على عاتقه هلاك الشىء من الوقت الذى يجب فيه تسليمه ولو أن تسليمه الفعلى لم يتم ما لم يكن المدين معذرا لتسليمه ، اذ يبقى الهلاك حينئذ على عاتقه .

فى القانون الفرنسى : يكاد أغلب شراح القانون الفرنسى يتفقون على أن حكم المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى يعتبر خروجا على حكم القاعدة العامة ، ثم يختلفون فى تعليل هذا الخروج ، فبينما يعتبره بعضهم أنه يجعل تبعة الهلاك على عاتق المشترى باعتباره دائنا ، يذهب الآخرون الى أن تحميله هذه التبعة مؤسس على اعتباره مالكا • وهناك فريق يرون أن حكم المادة ١١٣٨ لا يعدو أن يكون تطبيقا للقاعدة العامة (١٨) •

ويرجع أصل هذا الخلاف فى الرأى الى القانون الفرنسى القديم •

ففى روما كانت تبعة الهـلاك على المدين res perit debitori هى القاعدة العامة بالنسبة الى العقود الملزمة للجانبين وكان يرد عليها استثناء فيما يتعلق بعقود البيع وعقود التصرف التى كان انتقال الملكية فيها يتوقف على تسليم الشىء ، فكان هـذا الاستثناء يحمل المشترى — الدائن بالشىء المبيع — تبعة هلاك الشىء من وقت ابرام العقد ومن قبل أن يتم التسليم ، وكان هذا الاستثناء يعلل بأنه لو زادت قيمة الشىء بعد البيع ، فان المشترى هو الذى يفيد من زيادة القيمة دون زيادة فى الثمن الذى التزم به ، فيكون من العدل أن من تؤول اليه زيادة القيمـة يتحمل هو خسارة نقص القيمة أو هلاك الشىء أو تلفه (١٩) •

وفى القانون الفرنسى القديم وحتى صدور تقنين نابوليون حرصت أحكام المحاكم على تطبيق القاعدة الرومانية القاضية بأن تبعة الهـلاك تقع على عاتق المشترى من وقت ابرام العقد ، ولو كان التسليم مؤجلا الى أجل لاحق ، فكـان الأجل الـذى يقف التسليم وبالتـالى يؤجل انتقال الملكية لا يؤثر فى نقـل تبعـة الهلاك الى المشترى من وقت العقد (٢٠)، وكان فى هذا الحكم شدة على المشترى لأنه يقضى بتحميله

---

(١٨) انظر عرض هذه الاراء المختلفة فيما سيجىء فى ص ٦١٦ ومـا بعدها •

(١٩) انظر سالى ، فى الالتزام نبذة ١٨٣ ، بيتى E. Petit فى القـانون الرومانى ص ٣٩١ نبذة ٣٩٤ •

(٢٠) بلانيول جـ ٢ نبذة ١٣٤٥ •

تبعة الهلاك قبل أن يصير مالكا وقبل أن يتسلم الشيء ، اذ أن احتمالات الهلاك كانت تفوق بكثير احتمالات زيادة قيمة الشيء .

ومنذ القرنين السابع عشر والثامن عشر وجهت سهام النقد الى هذا الحكم من فقهاء كبار (أمثال بافندورف Puffendorf وباربيراك Barbeyroc) الذين نادوا بأن مبادىء العدالة تقتضى أن يبقى هلاك المبيع على البائع طالما بقى هذا مالكا ، فلا تنتقل تبعة الهلاك الى المشترى الا بانتقال الملكية اليه ، وقد جعلوا شعارهم الذى يلخص رأيهم أن الهلاك على المالك res perit domino (٢١) ، ولكن هذا الرأى لقى معارضة شديدة حتى عشية وضع تقنين نابوليون . فظل بوتييه يعارضه حتى النهاية (٢٢) .

فلما صدر تقنين نابوليون فى سنة ١٨٠٤ متضمنا النص فى المادة ١١٣٨ منه على أن الالتزام بتسليم الشيء يتم بمجرد تراضى الطرفين وينقل الملكية من تلقاء ذاته وبقوة القانون ، اعتبر هذا النص انتصارا للرأى القائل بأن تبعة الهلاك تكون على المالك ، ذلك أنه بمقتضى هذا النص كان المشترى (الدائن بالمبيع) يصبح مالكا بمجرد العقد ، ويتحمل تبعة الهلاك منذ ذلك الوقت ولو لم يتسلم المبيع .

وقد رأى أكثر الشراح الأوائل فى نص المادة ١١٣٨ حكما خاصا بعقود البيع والتصرف يجعل الهلاك على المالك خلافا للقاعدة الأصلية فى العقود الملزمة للجانبين التى تجعل الهلاك على المدين .

وقد ذهب بعضهم فى تعليل هذا الحكم الخاص بأنه تطبيق لقاعدة الهلاك على الدائن ، وهى القاعدة المقررة فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم . فضلا عن مساندة المنطق القانونى وقواعد العدالة لها

---

(٢١) بلانيول جـ ٢ نبذة ١٣٤٦ .
(٢٢) بوتييه فى عقد البيع نبذة ٣٠٨ .

فمن ناحية المنطق القانونى رأوا أن الالتزامات المتقابلة التى تنشأ من عقد ملزم الجانبين تصبح بمجرد ابرام العقد التزامات مستقلة لكل منها كيانه الخاص ويخضع كل منها لحكمه الخاص بقطع النظر عما يعترى الالتزام المقابل • ومن ناحية العدالة فان المشترى هو الذى يجب أن يتحمل الخسارة لأنه هو الذى يفيد من زيادة قيمة الشىء فى الفترة بين البيع والتسليم (٢٣) • ولكن هذا النظر ظاهر انه يتجاهل المبدأ الأساسى فى العقود وهو مبدأ ارتباط الالتزامات المتقابلة الناشئة من العقود الملزمة للجانبين ، كما هو ظاهر أيضا انه من ناحية العداله فان احتمال زيادة القيمة لا يتناسب مع احتمالات الهلاك •

لذلك ذهب آخرون الى ارجاع هذا الحكم الخاص بعقودالبيع والتصرف الى مبدأ الهلاك على المالك res perit domino (٢٤) •

غير أنه لو كان هذا التعليل صحيحا لتعين أن يتحمل المشترى — بصفته مالكا — تبعة هلاك الشىء من وقت ابرام العقد ، ولو كان ثمة اتفاق على ارجاء التسليم الى أجل معين • وفى هذا يقول بلانيول مؤكدا : « ••• ان الهلاك يقع على عاتق المشترى من وقت ابرام العقد • فاذا فرضنا الاتفاق فى عقد البيع على ارجاء التسليم الى أجل معين وان المبيع هلك قضاء وقدرا فى الفترة ما بين العقد والتسليم ، فلأن البائع لا ينسب اليه خطأ فى هذه الحالة ، فهو يبرأ من التزامه بالتسليم ، ولكن العقد يظل قائما والمشترى يبقى ملزما بدفع الثمن ولا يجوز له استرداده ان كان قد دفعه ، فهو اذن الذى يتحمل تبعة الهلاك (٢٥) •

غير أن هذا النظر يصطدم بنفس نص المادة ١١٣٨ الذى يجرى

---

(٢٣) ديمولومب جـ ٢٤ ص ٤١١ و ٤١٢ ، لوران جـ ١٦ نبذة ٢٠٨ و ٢٠٩ ، بودرى لاكانتيزى وبارد جـ ١ نبذة ٤٢٣ و ٤٥٢ •

(٢٤) أنظر بلانيول جـ ٢ نبذة ١٣٤١ ، كابيتان جـ ٢ ط ٧ ص ٨٤ نبذة ٩٣ ، لارومبيير جـ ١ على المادة ١١٣٨ نبذة ٢٣ •

(٢٥) بلانيول جـ ٢ نبذة ١٣٤١ •

بأن الالتزام بالتسليم يضع تبعة الهلاك على الدائن من الوقت الذى كان يجب فيه أن يسلم الشىء اليه ولو لم يتم التسليم فعلا • فالواضح من هذا النص أنه يدع الهلاك على عاتق المدين فى الفترة ما بين ابرام العقد والأجل المعين للتسليم ، فلا تنتقل هذه التبعة الى الدائن الا من الوقت الذى كان يجب فيه التسليم • وظاهر أن هذا الحكم لا يكفى لتفسيره مبدأ الهلاك على المالك وحده •

وقد حدا ذلك العلامة جوسران — وهو أيضا يرى فى نص المادة ١١٣٨ انتصارا لمبدأ الهلاك على المالك — الى أن يفسر هذا النص بأنه نتيجة للتجديد الذى استحدثه تقنين نابوليون من مبدأ انتقال الملكيةبمجرد اتفاق العاقدين فيقول جوسران فى ذلك انه من وقت ابرام البيع وبمجرد التعاقد يصبح المشترى مالكا المبيع ، وهو ما مفاده أن البائع قد نفذ أهم التزاماته الناشئة من عقد البيع وهو الالتزام بنقل ملكية المبيع ، فمنذ ذلك الوقت ولو لم يكن قد قام بالتسليم ، فان الوضع تغير عما كان عليه قبل العقد • فاذا حدث الهلاك بعد ذلك ، فانه يكون لاحقا لتنفيذ التزام المدين بنقل الملكية • وطالما أن المدين قد نفذ أهم التزاماته ، فان ذلك يبرر بقاء التزامات الطرف الآخر بالرغم من هلاك الشىء المبيع • فتقع تبعة هذا الهلاك بطبيعة الحال على المالك بصفته مالكا لا بصفته دائنا ، ويستطرد جوسران قائلا : وفى الحقيقة لا تثور حينئذ مسألة تبعة الهلاك على الأقل من زاوية التعاقد ، اذ الأصل أنه اذا هلك شىء ليس محل تعاقد فانه يهلك على مالكه ، وهو فى حالتنا المشترى الذى صار مالكا ، وبعبارة أخرى فان الارتباط بين الالتزامات المتبادلة الناشئة من العقود الملزمة للجانبين ينقضى بمجرد وفاء بعض هذه الالتزامات (٢٦) •

ونرى أن مذهب جوسران فى ذلك يصطدم بنفس الاعتراض الذى تقدم أن مذهب بلانيول أصطدم به ، وفوق ذلك فان جوسران فى محاولته

---

(٢٦) جوسران جـ ٢ نبذة ٣٧١ •

رد حكم المادة ١١٣٨ الى مجرد تطبيق للقاعدة العامة ، يقرر أن التزامات المدين قد تم تنفيذها بمجرد توافق المتعاقدين (هذا التوافق الذى يكفى بذاته لنقل الملكية من البائع الى المشترى) ويرتب على ذلك أن مسألة الهلاك لا يصح النظر اليها بعد ذلك من زاوية التعاقد ، ولكنه فى ذلك يلتفت عن التزامين هامين من التزامات المدين هما الالتزام بتسليم الشىء والالتزام بالمحافظة على الشىء الى حين تسليمه وهما التزامان رئيسيان مقرران صراحة بنص المادة ١١٣٦ لم يتم تنفيذهما ومن شأن عدم تنفيذ أيهما ولو بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائى أن يؤدى الى فسخ العقد .

وعندى أن نص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى يتضمن حلا توفيقيا بين النظريات المختلفة التى كانت تتنازع مسألة تبعة الهلاك عشية وضع التقنين المدنى الفرنسى . فقد رأينا أن مبدأ الهلاك على المدين كان يمثل القاعدة العامة للعقود كافة ، وكان يرد عليه استثناء فيما يتعلق بعقود البيع والتصرف حيث كان يحكمها مبدأ الهلاك على الدائن . فالمدين كان كقاعدة عامة يظل محتفظا بملكية الشىء الى أن ينم تسليمه الى الدائن ، وتبعا لذلك كانت تبعة الهلاك تلزمه حتى هذا الوقت . أما فى عقد البيع . فلو أن البائع كان يظل محتفظا بملكية المبيع الى أن يتم تسليمه الى المشترى ، فان هذا الأخير كان يتحمل تبعة الهلاك منذ ابرام العقد . فكانت الأهمية العملية بين القاعدة والاستثناء تتركز فى تبعة الهلاك الذى يحدث فى الفترة ما بين ابرام العقد وتسليم الشىء . ويجب أن لا يغيب عن البال انه فى ذلك العهد لم يكن يتم انتقال الملكية بمجرد اتفاق العاقدين بل بحصول التسليم . فكان طبيعيا اذن أن تقع تبعة الهلاك الذى يحدث فيما بين العقد والتسليم على عاتق المدين ، لأن الشىء كان فى هذه الفترة لايزال باقيا على ملكه وكان هو ملتزما بتسليمه . اما أن تقع تبعة الهلاك على المشترى وهو الدائن فى عقد البيع فى حين أن الملكية كانت تظل للبائع الى حين التسليم ، فقد بدا ذلك بالغ الشدة ؛ وبخاصة فى نظر أنصار مدرسة القانون الطبيعى فى القرنين السابع عشر والثامن عشر ، فنادى هؤلاء باسم العدالة بأن يؤخر انتقال تبعة الهلاك الى عاتق المشترى

حتى يتم تسليم الشىء اليه ، وبالتـالى حتى يصير مالـكا • وأوجزوا مذهبهم فى شعار الهلاك على المالك res perit domino ، وفى الحقيقة كان مذهبهم يؤدى الى قلب الاستثناء المقرر فيما يتعلق بعقود البيـع والتصرف وبالتالى الى العودة الى المبدأ الأصلى مبدأ الهلاك على المدين ؛ ذلك أن المبدأين مبدأ الهلاك على المالك ومبدأ الهلاك على المدين ، كان يؤدى تطبيقهما الى نفس النتيجة وهى جعل الهلاك على المدين — سواء كان بائعا أو غير بائع — حتى التسليم ، أى طوال الوقت الذى كان يظل فيه مالكا • فلم يكن ثمة داع لاستحداث مبدأ جديد فى هذا المجال (٢٧) ، وصولا الى نفس النتيجة التى كانت تؤدى اليها القاعدة الأصلية المعتبرة هى القاعدة العامة فى العقود •ومع ذلك فان واضعى تقنين نابوليون ، تحت اغراء الفكرة الجديدة واقتناعا منهم بعـدالة مذهب القانون الطبيعى ، انحازوا صراحة الى الأخذ بمبدأ الهلاك على المالك (٢٨) • غير أنهم بدلا من أن يؤخروا انتقال تبعة الهلاك الى حين حصول التسليم وانتقـال الملكية لجأوا بالعكس من ذلك الى تقديم انتقال الملكية بربطه بوقت ابرام العقد • وهذا هو ما توخوه بالنص فى المادة ١١٣٨ على أن الالتزام بتسليم الشىء يتم تنفيذه بمجرد توافق ارادتى العاقدين •

وهم بذلك اعتقدوا أنهم بتقريرهم انتقال الملكية فورا بمجرد توافق الارادتين وبجمعهم بذلك فى شخص المشترط صفتى الدائن بشىء معين والمالك له سيخففون من حدة الخلاف الناشب فى شأن تبعة الهلاك وكانوا يؤملون أنهم بذلك سيرضون أنصـار النظريات المختلفة وان كـلا منهم سيجد فى هذا الحكم تكريسا لرأيه (٢٩) •

---

(٢٧) انظر فى أصل قاعدة الهلاك على المالك بلانيول ج ٢ ص ٤٥٦ نبذة ١٣٤٦ والهامش ١ .

(٢٨) ويظهر نلك بوضوح من الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى انظر بصفة خاصة تقرير بيجو برئامنيه الى المجلس التشريعى فى مجموعة فينيه للاعمال التحضيرية ج ١٣ ص ١٣٠ وتصريح القنصل كمباسيريس فى المجموعة ذاتها ج ١٤ ص ٢١ .

(٢٩) انظر ديمولومب ج ٢٤ ص ٤١٤ نبذة ٤٢٤ .

غير أن مجرد اعتناق مبدأ الهلاك على المالك مقترنا بتقرير انتقال الملكية فور العقد لم يكن ليغير شيئا من الشدة التى كان القانون القديم يعامل بها المشترط فى التزام باعطاء شىء ، اذ ظل هذا الأخير يتحمل تبعة الهلاك الذى يحدث فى الفترة ما بين ابرام العقد وتسليم الشىء • ومن غير المقبول أن يكون واضعو التقنين المدنى الفرنسى اذ أخذوا فى جلاء بالقاعدة الجديدة ، قاعدة الهلاك على المالك ، لم يقصدوا الى التخفيف من تلك الشدة التى كانت منتقدة فى القانون القديم والتى كانت منطلقـا لمذهب القانون الطبيعى فى هذا الخصوص •

فلم يكن الأمر فى نية واضعى تقنين نابوليون مجرد استبدال ألفاظ بأخرى ، بل كان قصدهم التوفيق فعلا بين نظريات مختلفة كانت تتنازع مسألة تبعة الهلاك ، أولها القائلة بالاستثناء التقليدى الذى يأخذ بمبدأ الهلاك على الدائن ، والثانية هى القائلة بمبدأ الهـلاك على المالك والتى كانت تؤدى — فى الظروف التى قال فيها أنصار مذهب القانون الطبيعى — الى نفس النتيجة التى كانت تؤدى اليها القاعدة العامة العتيقة قاعدة أن الهلاك على المدين • وقد انحصر التوفيق بين النظريتين فى تجـزئة الفترة الفاصلة بين ابرام العقد وحصول التسليم لامكان ربط انتقـال تبعة الهلاك ليس بمجرد توافق الارادتين الذى أصبح كافيا لانتقـال الملكية • ولا بحصول التسليم الفعلى بل بالوقت الذى كان يجب أن يتم فيه هذا التسليم ، شريطة أن لايكون المدين فى ذلك الوقت معذرا للتسليم •

ويبين ذلك فى جلاء من نص الفقرة الثانية من المـادة ١١٣٨ مدنى فرنسى التى قصد بها بيان النتائج التى يجب ترتيبها على حكم الفقـرة الأولى من المادة ذاتها ، وهى :

١ — ان الالتزام بالتسليم متى أصبح تاما بمجرد توافق الارادتين يجعل الدائن مالكا من وقت ابرام العقد • فعبـارة النص التى تقول : « من الوقت الذى كان يجب فيه التسليم » لم يقصد بها البتة أن ترد

على الأثر الناقل للملكية ، لأن الاجماع منعقد على أن الاتفاق على تأجيل التسليم لا يحول دون انتقال الملكية الى المشترى فور التعاقد .

٢ — وان الالتزام المذكور يجعل تبعة الهلاك على الدائن من الوقت الذى كان يجب فيه أن يسلم اليه الشىء .

وهذا الوقت قد يكون هو نفس وقت ابرام العقد وانتقال الملكية عند عدم الاتفاق على أجل يعلق عليه التسليم ، وقد يكون وقتا آخر فى الحالة العكسية أى فى حالة الاتفاق على أجل للتسليم . ففى هذه الحالة الأخيرة لا تنتقل تبعة الهلاك الى الدائن الا من وقت حلول الأجل المتفق عليه للتسليم . وحينئذ تنتقل هذه التبعة من الوقت المذكور ولو لم يتم التسليم فعلا فى هذا الوقت .

وهذا الحل الذى قدمنا أنه كان وليد الرغبة فى التوفيق بين النظريتين المتعارضتين جاء فى الوقت ذاته منطقيا وعادلا .

فهو منطقى لأنه يتسق مع التعديل الذى استحدثه المشرع باعتناقه نظرية الهلاك على المالك مقترنة بتقريره الانتقال الفورى للملكية ، بدلا من ابقائه على الاستثناء التقليدى العتيق الذى كان يجعل الهلاك على الدائن .

ولم يكن هذا التعديل المستحدث ليؤدى الى نتيجة تذكر لولا أنه اقترن بتأخير انتقال تبعة الهلاك الى الوقت الذى كان يجب فيه أن يتم التسليم . فهذه العبارة الأخيرة التى وردت فى الفقرة الثانية من المادة ١١٣٨ قد سمحت بتخفيف الشدة التى كان الدائن يعامل بها فى القانون القديم دون أن يؤدى ذلك الى المبالغة فى التخفيف عن الدائن أو الى اثقال كاهل المدين . وهذا بالذات ما جعل حكمها عادلا فوق كونه منطقيا ، اذ أنه مما يجافى العدالة أن يحمل الدائن بتبعة الهلاك من قبل الوقت الذى كان يجب فيه أن يسلم الشىء اليه ، طالما أن الشىء لم يدخل فى

حيازته بعد وطالما أنه ممنوع قانونا من أن يتسلمه (بحكم الأجل المعين للتسليم) • كما يجافى العدالة أيضا أن يحمل المدين تبعة هلاك الشىء الذى يحدث ابتداء من الوقت الـذى كان يجب فيه تسليم الشىء الى الدارن اذا لم يكن هو قد تسبب فى عدم حصول التسليم فى الوقت المحدد لاجرائه •

ومن الناحية القانونية البحتة ، يسهل تعليل هذا الحل بالرجوع الى تاريخ المسألة • فان الوقت الذى يجب فيه التسليم اعتبر دائما طوال المدة منذ عهد القانون الرومانى والى حين وضع تقنين نابوليون ، وقتا حاسما فيما يتعلق بانتقال تبعة الهلاك سواء تم هـذا الانتقال طبقـا للقاعدة العامة قاعدة الهلاك على المدين أم تم طبقـا للحكم الاستثنائى الذى يجعل الهلاك على الدائن • فكان اذن من الطبيعى أن يحفظ واضعو تقنين نابوليون لهذا الوقت أهميته التقليدية • وقد فعلوا ذلك ولم يكتفوا فقط بربط انتقال تبعة الهـلاك بوقت حصول التسليم المادى للشىء بل ابتدعوا الى جانب التسليم المادى نوعا من التسليم القانونى • واعتبروا هذا النوع الأخير من التسليم متحققا ، وبالتالى ناقلا تبعة الهلاك من المدين الى الدائن طالما أنه لم يوجـد أجل معين للتسليم أو وجـد أجل وانقضى وكان المدين غير معذر للتسليم ولم يحصل منهما يعوق التسليم •

فالقاعدة التى اعتنقها واضعو التقنين المدنى ، قاعدة الهلاك على المالك قاعدة مقيدة بضرورة حصول التسليم المادى أو القانونى • وهذا القيد مستفاد من عبارة « منذ الوقت الذى كان يجب فيه تسليم الشىء » الواردة فى الفقرة الثانية من المادة ١١٣٨ ، والتى لا يمكن تفسيرها بغير هذا المعنى •

ومع ذلك فان هذا التفسير قد يثير بعض الاعتراضات ، منها :

الاعتراض الأول :

يبدو هذا التفسير متعارضا مع نص الفقرة الأولى من المادة ١١٣٨

الــذى يقضى بأن الالتزام بتسليم الشىء يصبح تاما بمجــرد توافق ارادتى المتعاقدين ، لأنه اذا كان الالتزام بالتسليم يصبح تاما بمعنى أنه يعتبر قد تم تنفيذه بمجرد توافق الارادتين ، فيمكن أن يفهم ذلك على أن جميع آثاره تعتبر قد تم تنفيذها بما فى ذلك انتقال الملكية وانتقــال تبعة الهلاك من وقت ابرام العقد ، واذن لا يكون ثمة محل لربط انتقال تبعة الهلاك بالتسليم المادى للشىء ، وبالتالى لا تكون ثمة حاجة للالتجاء الى فكرة تسليم قانونى تتحقق بحلول الأجل المعين للتسليم وبانتفاء كل عائق للتسليم من جانب المدين .

وهذا الاعتراض يمكن أن يجد له سندا أيضا فى نص المادة ١٥٨٣ مدنى فرنسى الوارد فى باب البيع والذى يجرى بأن البيع يصــبح تاما فيما بين عاقديه وتنتقل ملكية المبيع من البــائع الى المشترى ، بمجرد الاتفاق على المبيــع وعلى الثمن ، ولو لم يتم تسليم المبيــع ولا دفع الثمن » (٣٠) .

رد هــذا الاعتراض :

ولرد هذا الاعتراض يكفى الرجوع الى الأصل التــاريخى لنص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى .

سواء فى القانون الفرنسى القديم أو فى القانون الرومانى لم يكن مجرد توافق الطرفين كافيــا لنقل ملكية المبيع فكــان لابد فوق ذلك من حصول تسليم المبيع la tradition ، غير أن العمــل جــرى على التخفف من هذا الشرط بالالتجاء الى فكرة التسليم الحكمى tradition feintp وذلك بادراج شرط فى العقــود وبخاصة عقود البيع يقــرر البائع بمقتضاه أنه تخلى عن حيازة الشىء وأناطها بالمشترى ، ويقــرر

---

(٣٠) فى هذا المعنى بيدان ، فى البيع والايجار ، باريس ١٩٠٨ ص ١١ .

المشترى من جانبه أنه تسلم الشيء ، وكان هذا الشرط ــ شرط التخلية ــ والتخلى يسمى clausc de dessaisine - saisin ، وجرى العمل بادراج هذا الشرط فى العقود clause de style حتى أصبح يفترض وجوده فيها ؛ ويتم بذلك نوع من التسليم الحكمى يقوم مقام التسليم الفعلى ويترتب عليه انتقال الملكية (٣١) .

ويقول ديمولومب فى ذلك أنه منذ ذلك العهد كانت الملكية تنتقل بمجرد العقد ؛ ولكن لأن الاذهان كانت متأثرة بفكرة أن التسليم ضرورى لانتقال الملكية ، استمر العمل على ادراج شرط التخلية والتخلى فى العقود ، وبذلك كان يتحقق التسليم الحكمى .

فالقانون الفرنسى القديم ظل حتى آخر عهده يتطلب من حيث المبدأ ضرورة التسليم لتحقق انتقال الملكية ولكنه فى الواقع استغنى عنه .

وهذا ما يبين لنا حقيقة المقصود بعبارة المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى فالالتزام بالتسليم ، أعنى ضرورة التسليم اللازم لانتقال الملكية ، باق أو على الأقل مفروض أنه باق ، ثم يقرر النص أن هذا الالتزام بالتسليم يتم est parfaite ، أى انه يعتبر قد تم تنفيذه بمجرد اتفاق العاقدين (٣٢). ويظهر من ذلك أن واضعى التقنين المدنى الفرنسى أرادوا الاستغناء عن شرط التخلية والتخلى الذى كان العمل قد جرى على ادراجه فى العقود ؛ واعتبروه نافلة ، أو ربما افترضوا وجوده دائما فى كل العقود .

ولا تدع الأعمال التحضيرية مجالا لأى شك فى هذا الخصوص ؛ اذ يبين منها أن مفاد الفقرة الأولى من المادة ١١٣٨ أن التسليم الحكمى الذى كان ضروريا فى عهد القانون القديم ليتحقق به انتقال الملكية

---

(٣١) انظر ديمولومب ج ٢٤ ص ٤٠٠ .

(٣٢) انظر لارومبير ج ١ المادة ١١٣٨ نبذة ٣ و ٤ ، بودرى لاكانتيزى وبارد ج ١ نبذة ٣٠٤ وما بعدها .

أصبح يعتبر فى هذا الخصوص أنه قد تم تنفيذه بمجرد اتفاق العاقدين •

وهـذا هو المعنى الوحيـد لعبارة L' oblgation de livrer est parfaite سواء فى المادة ١١٣٨ أو فى المادتين ١٥٨٣ و ١٥٨٦ ؛ ففى هذه المواد يقصد بتمـام الالتزام بالتسليم أو بتمام البيع اتمـام التسليم الحكمى الـذى كان يترتب عليه انتقال الملكية • وهـذا واضح تماما من عبارة المادة ١٥٨٣ ذاتها ومن تعليق النائب فور Faure عليهـا حيث قال : « مادام قد تم الاتفاق على المبيع وعلى الثمن يصبح البيـع تاما ، فيصير المشترى مالكا المبيع وتزول ملكية البـائع اياه • ويصبح البيع تاما ولو لم يكن البائع قد نفذ شيئا » (٣٣) • وتمام العقد هـذا cette perfection du contrat لا يشمل انتقال تبعة الهلاك ـ كما فى نص المادة ١٥٨٥ الذى يقضى بأنه « اذا لم يكن بيع العروض جـزافا en bloc فان البيع لا يصبح تاما n'est point parfaite بمعنى أن تبعة هلاك الأشياء المبيعة تبقى على عاتق البائع الى أن يتم وزنها أو عدها أو كيلهـا » لأن كلمة parfaite فى هـذا النص الأخير استعملت بمعنى آخر غير المعنى الذى استعملت فيه فى المادة ١١٣٨ وفى المادة ١٥٨٣ ، بدليل أن المشرع نفسه اضطر أن يفصح فى نص المـادة ١٥٨٥ ذاته عن المعنى الـذى قصـده فيه بالكلمة ذاتها حيث قال :

«Qu,en ce sens que les choses vendues sont aux risgues du vendeur Jusqu,a ce elles soient pesées, comptées ou mesuréesr

وذلك بناء على ملاحظـة من قسم التشريع فى مجـلس الـدولة le Tribunt».

فمن الواضح من نص الفقرة الأولى للمادة ١١٣٨ مدنى فرنسى أن الالتزام بالتسليم لا يعتبر تاما الا فيما يتعلق بانتقال الملكية وان ذلك لا يستبعد احتمال الاتفاق على ارجاء التسليم الى أجل معين ، وبذلك ينتفى كل تناقض بين القول بأن الالتزام بالتسليم يصبح تاما بمجـرد

---

(٣٣) مجموعة فينيه للاعمال التحضيرية جـ ١٤ ص ١٥ •

اتفاق العاقدين (الفقرة الأولى من المـادة ١١٣٨) والقول فى الفقـرة الثانية بأن الالتزام بالتسليم يجعل تبعة الهـلاك على عاتق الدائن من الوقت الذى كان يجب فيه أن يسلم الشىء اليه •

الاعتراض الثـانى :

ان الحل سالف الذكر يتعارض مع نص المادة ١٥٨٥ مدنى فرنسى الذى يقضى بأنه « اذا لم يكن بيع العروض جزافا بل بيعت بالوزن أو بالعدد أو بالكيل ، فان البيع لا يكون تاما بمعنى أن الأشياء المبيعـة تبقى تبعة هلاكها على البائع الى أن يتم وزنها أو عدها أو كيلها ••• » • اذ المعروف أنه فى بيع الأشياء المثلية لا تنتقل الملكية الا بافراز المبيع . ولأن نص المادة ١٥٨٥ يربط انتقال تبعة هلاك المبيع المثلى بوقت افرازه . فهذا دليل على أن المشرع اعتبر انتقال تبعة الهلاك كنتيجة لازمة لانتقال الملكية • ويرى القائلون بهذا الاعتراض أن مؤدى ذلك أن كلا الأثرين المذكورين يتحققان بمجرد وزن المبيع أو عده أو كيله ، ولو كان تسليم المبيع مرجأ الى وقت لاحق •

وهذا الاعتراض ميسور رده بما يلى :

انه وان كان من المقرر بصفة عامة أنه فى بيـع الأشياء المثليـة لا تنتقل تبعة الهلاك الى المشترى الا بافراز المبيع سواء تم الافراز فى حضور المشترى من طريق الوزن أو العد أو الكيل ، أو تم فى غير حضوره من طريق الوزن أو العد أو الكيل مقترنا بتصدير المبيع (٣٤) ، فلا مناص من التسليم بأن الهلاك يبقى على عاتق البائع فى الأمثلة الآتية :

---

(٣٤) انظر اهرنج فى ملاحظات على نظرية الهـلاك فى عقـد البيع فى مجموعة اعماله المختارة ، ترجمة ميلينارى Meulenaere ، باريس ١٨٩٣ ص ١٢٥ .

(أ) دخل شخص مطعما مع ثلاثة رفاق وطلب أربع زجاجات من شراب معين ، ولم يكن فى المطعم فى هذه اللحظة سواهم ، فأعدت الزجاجات الأربع وتم تسليمها للغلام المكلف بحملها الى مائدة العملاء المذكورين ، وفى طريقه اليهم عثرت قدماه دون أى خطأ منه فانقلب على وجهه وانكسرت الزجاجات ، فهل يسوغ القول بأن تبعة هلاكها تكون على العملاء الذين أعدت لهم هذه الزجاجات ؟

(ب) اشترى أحد التجار عشرة قناطير من القطن من صنف ورتبة معينين على أن تسلم اليه فى عشر بالات ، وتم وزن المقدار المبيع فى حضور المشترى وترك لدى البائع لكبسه فى بالات . ثم هلك فى حريق لا يد فيه للبائع ، فهل يسوغ القول بأن هلاكه يكون على المشترى .

(ج) باع تاجر ترزى ثوبا يفصله لعميله من قماش يختاره هذا الأخير ، فاختار المشترى القماش وقصه الترزى فى حضور المشترى ، ثم سرق من المحل فى اعتداء مسلح ، فهل تقع تبعة هلاكه على المشترى ؟

لقد أثبت اهرنج بحجج قاطعة أن تبعة هلاك المبيع المثلى لا تنتقل الى المشترى من وقت افراز المبيع بل من الوقت الذى يكون فيه البائع قد أتم من جانبه كل ما كان ملزما أن يقوم به بموجب العقد (٣٥) . وقال فى ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل الى المشترى من الوقت الذى يتم فيه التسليم أو الذى يصبح فيه المشترى معذرا للتسلم . صحيح ان التسليم يتم فى الواقع فى صور مختلفة حسب الأحوال ولكنه من الناحية القانونية يتم دائما فى الوقت الذى يقوم فيه المتعهد بكل ما التزم به وفقا للنية المشتركة للطرفين (٣٦) .

وهذا الرأى يجد تأييدا له فى الأعمال التحضيرية للمادة ١٥٨٥

---

(٣٥) اهرنج المرجع السابق ص ١٢٥ .
(٣٦) اهرنج فى المرجع السابق ص ١٢٩ .

مدنى فرنسى حيث يقول تريلهـــار Treilhard « اذا اشترى شخص مقدارا معينا من العروض بالمقـــاس أى دون أن يكون البيع جـــزافا enblac فان البيع لا يعتبر تاما la vente n' est parfaite الا بعد أن يتم قياس المبيع وتسليمه » (٣٧) • هـــذه هى النية الواضحة الجليـــة لواضعى التقنين المدنى الفرنسى •

فعبارة المادة ١٥٨٥ مدنى فرنسى يجب فهمها على أن المشرع نظر فيها الى الحالة الغالبة فى العمل وهى الحالة التى يكون فيها المثلى المبيع قابلا للتسليم بمجرد افرازه ، ولكن هذا لا ينفى أنه اذا كان المبيـــع غير واجب التسليم الا بعد وقت معين من تاريخ افرازه ، فان تبعة هـــلاكه تبقى على البائع الى الوقت الذى يجب فيه تسليمه الى المشترى ، وهذا الحكم لا يعدو فى النهاية أن يكون تطبيقا لحكم المادة ١١٣٨ فقرة ثانية • وهكذا يتم التوفيق بين النصين ، ولا محـــل للقـــول بتعارضهما ، وبذلك يسقط الاعتراض الثانى كما سقط الاعتراض الأول •

٢ ـــ فى القانون المقارن :

بالرجوع الى القانون المقارن يبين أن الشرائع التى أرادت الأخـــذ بالمبدأ الاستثنائى الجديد الذى يجعل تبعة الهلاك على المالك قد نصت صراحة على أن تبعة هلاك الشىء تنتقل الى المشترى بمجرد ابرام العقد وليس من الوقت الذى كان يجب فيه تسليم الشىء • وقد نص على ذلك كل من تقنين الالتزامات السويسرى فى المادة ١٨٥ منـــه ، وكـــذلك تقنين الالتزامات المغربى اذ نص فى المادة ٤٩٣ منه على أنه بمجرد ابرام العقد يصبح المبيع فى ضمان المشترى ولو لم يتم التسليم (٣٨) والتقنين المدنى

---

(٣٧) انظر مجموعة فينيه للاعمال التحضيرية جـ ١٤ ص ٢١ •

(٣٨) قارن مع ذلك المادة ٤٩٦ التى تقضى بأن المبيع يكون فى أثناء نقله فى ضمان البائع الى ان يصل الى المشترى •

الهولندى اذ تقضى المادة ١٢٧٣ منه بأن الالتزام بتسليم شىء معين يجعل تبعة هلاك هذا الشىء على الدائن من وقت نشوء هذا الالتزام .

ويظهر أن الأمر كذلك أيضا فى التقنين المدنى البرتغالى حيث تنص المادة ٧١٧ منه اذا هلك الشىء المبيع أو تلف فى أثناء وجوده فى حيازة من باعه ، فتقع تبعة هلاكه على المشترى ما لم يكن الهلاك أو التلف راجعا الى خطأ حائزه أو الى اهماله .

وعلى النقيض من ذلك القانون الانجليزى والقانون النمسوى فانهما متمسكان بالقاعدة العامة ويرفضان الاستثناء منها ، فهما يأبيان حتى انتقال الملكية قبل التسليم (٣٩) ، فيقرر أنه اذا هلك الشىء قبل التسليم فيكون هلاكه على المدين الذى بقى مالكا (٤٠) ولكنه يتحمل تبعة الهلاك باعتباره مدينا لا باعتباره مالكا كما يقول بلانيول (٤١) ، اذ لا داعى للالتجاء الى الاستثناء طالما أن تطبيق القواعد العامة يؤدى الى النتيجة ذاتها . وقد أخذ قانون الجمهورية الفضية بمثل ما ذهب اليه القانونان الانجليزى والنمساوى حيث نص فى المادة ٦١١ منه على أن الدائن لا يكسب أى حق عينى على الشىء طالما هو لم يتسلمه ، وفى المادة ٦١٢ منه على أن الالتزام باعطاء شىء قيمى يجب أن ينقل حقا عينيا على هذا الشىء ، وينقضى الالتزام بالنسبة الى الطرفين اذا هلك الشىء دون خطأ من المدين . فهذه الشرائع مع أخذها بالقاعدة الرومانية فيما يتعلق بنقل الملكية ، أبت أن تأخذ بما أخذ به الرومان فيما يتعلق بتبعة الهلاك فى عقد البيع .

ويبدو أن الشرائع التى لا تأخذ بانتقال الملكية بمجرد العقد هى وحدها التى تطبق فيما يتعلق بتبعة الهلاك فى العقود التى تنشىء التزاما

---

(٣٩) أنظر أحمد فتحى زغلول باشا ص ٢١٦ .
(٤٠) أنظر بلانيول جـ ٢ نبذة ١٣٤٩ ، فتحى زغلول باشا ص ٢١٦ .
(٤١) بلانيول جـ ٢ نبذة ١٣٤٩ .

باعطاء شيء القاعدة العامة التى تجعل الهلاك على المدين ، غير أن الحقيقة خلاف ذلك اذ أن قانون ولاية كيبيك الذى أخذ — خلافا للقانونين الانجليزى والنمساوى — بانتقال ملكية المبيع المعين بذاته الى المشترى بمجرد توافق الارادتين ولو لم يتم تسليمه (المواد ١٠٢٥ و ١٤٧٢ فى باب البيع و ١٥٩٦ فى باب المقايضة) ، قد أحال مع ذلك صراحة الى القاعدة العامة فيما يتعلق بتبعة الهلاك • فهو بالرغم من أخذه بانتقال الملكية فور التعاقد يجعل تبعة الهلاك على المدين طالما أنه لم يف بالتزاماته بما فيها الالتزام بالتسليم • وهذا يدل على أن قاعدة الهلاك على المالك ليست نتيجة لازمة للأخذ بانتقال الملكية بمجرد توافق الارادتين كما يذهب الى ذلك أغلب الشراح •

ويظهر ذلك حتى فى بعض الأنظمة القانونية القديمة التى تتعارض مع القانون الرومانى • ففى الشريعة الاسلامية بالرغم من أن انتقال الملكية يتم بمجرد تعاقد الطرفين ، فان تبعة الهلاك تبقى على المدين حتى التسليم ،وكذلك كان الأمر فى القانون الجرمانى القديم بل ان القانون الألمانى مع انه سار على درب القانون الرومانى فيما يتعلق بالالتزامات بوجه عام ، قد أخذ فيما يتعلق بتبعة هلاك المبيع بما كان متبعا فى القانون الجرمانى القديم ، فتنص المادة ٤٤٦ منه على أن « تسليم الشيء المبيع ينقل الى المشترى تبعة هلاكه أو تلفه الراجع الى حادث مفاجيء • غير أن النص ذاته يضيف الى ذلك أنه اذا كان مشترى العقار قد سجل شراءه فى السجل العقارى باعتباره مالكا قبل تسلمه ، فان تبعة الهلاك تنتقل اليه من وقت هذا التسجيل » • وقد خيل لبعض الشراح من هذه الفقرة الأخيرة ان القانون الألمانى يأخذ بقاعدة أن الهلاك على المالك (٤٣) ، ولكن الأمر بخلاف ذلك ، لأن الفقرة الأولى

---

(٤٢) أنظر سالى فى المرجع السابق نبذة ١٨٤ .

(٤٣) أنظر بلانيول ج ٢ نبذة ١٣٤٩ ، عبد السلام ذهنى نبذة ٢٠٢ وقرب فتحى زغلول باشا ص ٢١٦ ، حلمى عيسى باشا فى البيع ص ٣٨٤ نبذة ١١٨٩ .

قد قررت قاعدة أن الهلاك على المدين ولم يقصد بالفقرة الثانية الا ابراز أن التسجيل فى العقارات يقوم مقام التسليم ٠

وقد نحا التقنين البرازيلى نحو التقنين الألمانى فى هذا الشأن فى المادتين ١١٢٦ و ١١٢٧ منه ٠

٤ — فى الفقه الاسلامى :

يتميز الفقه الاسلامى فيما يتعلق بتبعة الهلاك بخصيصة هامة يمكن أن ترشدنا الى حل المسألة فى القانون المصرى وتتيح لنا التقريب بين هذا الحل وبين حكم المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى ٠

ففى الفقه الاسلامى تنتقل الملكية بمجرد توافق الارادتين (٤٤) ٠ ولكن تبعة الهلاك تبقى على عاتق المدين حتى التسليم (٤٥)، تلك هى القاعدة العامة التى سار عليها اعلام الفقه الاسلامى ولم يحد عنها أيهم حتى فى عقود البيع والتصرف (٤٦) غير أنه لم يغب عنهم ما فى هذه القاعدة من شدة بالنسبة الى المدين ، فعالجوا ذلك بالتوسع فى فكرة التسليم بأن قرروا أن التسليم لا يكون فقط بنقل حيازة الشىء الفعلية ، وانما يتم أيضا بمجرد وضع المدين الشىء تحت تصرف الدائن بحيث يتمكن هذا من قبضه دون عائق (٤٧) ، فهم قد اعتبروا أنه يوجد علاوة

---

(٤٤) فتحى زغلول باشا ص ٢١٥ و ٢١٦ ٠

(٤٥) انظر حلمى عيسى باشا فى البيع ص ٣٨٤ نبذة ١٣٤٠ ، عبد السلام ذهنى بك ص ٢٠٠ نبذة ٢١٢ ، أحمد قدرى باشا فى مرشد الحيران المادة ٣٦٦ ، أحمد ابراهيم بك فى المعاملات سنة ١٩٣٦ ص ١٤٢ ، أحمد أبو الفتح بك فى المعاملات سنة ١٩١٦ ص ٩٢ ، شفيق شحاتة فى نظرية عامة للالتزام فى الفقه الاسلامى سنة ١٩٣٦ ص ١٤٧ ٠

(٤٦) انظر المادة ٤٣٤ من مرشد الحيران والمادة ٢٠٣ من المجلة والمادة ٤٧ من المشروع النهائى للباب المتعلق بعقد البيع مجلة القضاء بغداد السنة الثانية نبذة ٣ و ٤ ص ٣٢٤ ٠

(٤٧) أنظر المادة ٤١٤ من مرشد الحيران لقدرى باشا والمادة ٢٦٣ من المجلة والفتاوى الهندية جـ ٣ ص ١٦٦ وقد جاء فيه أن تسليم المبيع هو أن =

على التسليم المادى للشىء نوع من التسليم القانونى يتم بمجرد وضع الشىء تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن هذا من التصرف فيه فعلا ، واشترطوا لذلك شرطين : (١) من جانب المدين أن يضع الشىء محل الالتزام تحت تصرف الدائن ، بحيث يتمكن هذا الأخير من قبضه ، (٢) ومن جانب الدائن مكنة قبض الشىء والتصرف فيه دون أن يعوقه عائق •

وأجروا تطبيق ذلك فى حالات كثيرة ، فجاء فى الفتاوى الهندية (جـ ٣ ص ١٦) : « اذا باع رجل خلا فى برميل موجود لديه ، ورخص للمشترى فى تسلمه ،فوضع المشترى خاتمه على البرميل وتركه فى دار البائع • فان هلك الخل أو تلف بحادث فجائى فتقع تبعة هلاكه على المشترى ، وجاء فى ص ١٧ منها اذا اشترى شخص ثوبا ورخص له البائع فى تسلمه ثم سرق الثوب بالقوة المسلحة قبل أن يتسلمه المشترى ، فيعتبر الهلاك حاصلا بعد التسليم اذا كان فى وسع المشترى وقت ذلك الترخيص أن يمد يده ويأخذ الثوب دون أن ينهض ، والا فلا يعتبر التسليم قد تم ، وجاء فى المادة ٢٧٣ وفى المادة ٤٣٨ من مرشد الحيران أنه اذا وزن أو كيل المبيع المثلى ووضع فى الأوعية التى قدمها المشترى لهذا الغرض ، فان التسليم يعتبر قد تم •

= يخلى بين المبيع وبين المشترى على وجه يتمكن المشترى من قبضه دون حائل » ، وجاء فى البدائع جـ ٣ ص ٢٤٤ : « وأما تفسير التسليم والقبض عندنا هو التخلية والتخلى وهو ان يخلى البائع بين المبيع وبين المشترى برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشترى من التصرف فيه ، فيجعل البائع مسلما للمبيع والمشترى قابضا له ، وكذا تسليم الثمن من المشترى الى البائع » ، واعترافا بمزية فكرة التسليم هذه اعتمدها الاستاذ السنهورى وادخلها فى مشروع التقنين المدنى العراقى (انظر المادة ٣٥ من المشروع النهائى للباب المتعلق بعقد البيع بمجلة القضاء ، بغداد السنة الثانية العددان الثالث والرابع جـ ٢ ، ٧/٣٢٤) •

٤ — فى القانون المصرى :

وقد تضمن التقنينان المصريان فى المادتين ٢٩٧/٣٧١ منهما صيغة تقرب من صيغة القانون الألمانى ومن صيغة الفقه الاسلامى فنصت هاتان المادتان على أنه اذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو اهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع الا اذا كان المشترى قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد » •

وقد نصت المادة ٢٦٦/٣٣٦ على أن « ينشأ عن البيع ••• على حسب الأحوال أن يكون المبيع فى ضمان المشترى » •

ونصت المادة ٢٤١/٣٠٧ على أنه اذا كان البيع ليس جزافا بل كان بالوزن أو بالعد أو بالكيل أو بالمقاس فلا يعتبر البيع تاما بمعنى أن المبيع يبقى فى ضمان البائع الى أن يوزن أو يكال أو يعد أو يقاس » (٤٩) •

فالمواد ٢٦٦/٣٣٦ و ٢٤١/٣٠٧ وكذلك المادة ٢٤٠/٣٠٦ يظهر أنها خلافا لنص المادة ٢٩٧/٣٧١ قد اطرحت قاعدة الهلاك على المدين فى هذا المجال واعتمدت بدلا منها قاعدة الهلاك على المالك (٥٠) • وقد أوهم ذلك بعض الشراح بأن أحكام القانون المصرى فى شأن الهلاك غير متسقة

---

(٤٩) هاتان المادتان مطابقتان تمام المطابقة للعبارة الاولى من المادة ١٥٨٥ مدنى فرنسى . وقد أصاب المشرع المصرى باغفاله العبارة الاخيرة من هذه المادة التى تقضى بأن للمشترى فى هذه الحالة أن يطالب اما بالتسليم واما بالتعويض ان كان له محل فى حالة عدم تنفيذ البائع التزامه ، ذلك أن المشرع المصرى اعتبر ان التسليم قد تم باجراء العد أو الوزن أو الكيل (قرب فى ذلك المادة ٢٧١/٣٤٢ الذى تقدم ايراد نصها) . ومن ناحية أخرى فان التعويض من عدم وفاء الالتزام مقرر بمقتضى القواعد العامة دون حاجة الى ان ينص عليه بنص خاص فى هذا المقام .

(٥٠) قرب فى هذا المعنى استئناف مختلط ٦ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٣٨) ، واستئناف وطنى القاهرة ١٦ أبريل ١٩٣٠ المحاماة ١١٠ — ٤٠ — ٢٢ .

فيما بينها وان المشرع المصرى رغبة منه فى التوفيق بين القوانين الحديثة والفقه الاسلامى فى هذا الشأن قــد نص على أحكام يناقض بعضهــا بعضا (٥١) .

وقد حاول هالتون أن يوفق بين أحكام المادة ٢٦٦/٣٣٦ والمــادة ٢٩٧/٣٧١ فذهب الى أن أولى هاتين المادتين تجعل الهلاك على المشترى حسب الأحوال ، أعنى فى الحالات المشار اليها فى العبــارة الأخيرة من المادة الثانية وهى الحالات التى يكون فيها المشترى معذرا (٥٢) ، غير أن هذا التفسير لا يؤدى الى الغرض المقصود وهو التوفيق بين مختلف النصوص المشار اليها ، لأنه عندما يكون المشترى معذرا فانما يتحمــل تبعة الهــلاك نتيجة لاعذاره ووفقا للمبادىء العــامة ولحكم المــادة ٢٩٧/٣٧١ ذاته ، وليس نتيجة لآثار البيع وطبقا للمادة ٢٦٦/٣٣٦ . هذا فوق أن هالتون قد أغفل فى محاولته المشار اليها نص المادة ٢٤١/ ٣٠٧ السالف ذكره .

أما فتحى زغلول باشا ، فهو بعد أن عرض جميع النصوص آنفة الذكر قد انتهى منها الى أن المشرع المصرى اعتمد كقاعدة عامة فى عقــد البيع مبدأ الهلاك على المالك ، وان نص المــادة ٢٩٧/٣٧١ يتعين قصر تطبيقه على الحالة المنصوص عليها فى المادة ٢٤١/٣٠٧ : حالة المبيــع المثلى الذى يتعين وزنه أو عده أو كيله (٥٣) .

---

(٥١) حلمى عيسى باشــا فى البيع ص ٣٨١ ، هالتون جـ ٢ ص ٢٦ ، والتون جـ ٢ ص ٢٦٠ و ص ٤٨٢ .

(٥٢) هالتون جـ ٢ ص ٢٧ ، انظر ايضا حلمى عيسى فى البيع ص ٣٨١ ، والتون جـ ٢ ص ٤٨٢ ، ويضيف هذا الاخير الى ذلك حالتين هما حالة قبول المشترى تحمل تبعة الهلاك والحالة التى يجب أن يتم فيهــا التسليم بمجرد ابرام العقد .

(٥٣) فتحى زغلول باشا ص ٢١٧ .

غير أن هذه النتيجة تصطدم بنص المادة ٢٩٧/٣٧١ ولا سيما أن هذا النص لا ينطبق على الحالة المنصوص عليها فى المادة ٢٤١/٣٠٧ التى يرى غالبية الشراح أنها تتعارض مع تلك النتيجة ، اذ أن الواضح أن المادة ٢٩٧/٣٧١ تربط انتقال تبعة هلاك الشيء بتسليمه فى حين أن المادة ٢٤١/٣٠٧ يبدو أنها تربطه بمجرد انتقال الملكية الذى يتم بكيل المبيع أو بوزنه أو بعده : أعنى من الوقت الذى يصبح فيه العقد تاما parfaite

وقد ذهب الأستاذ عبد السلام ذهنى بك مذهبا آخر ، فهو بعد أن حلل جميع النصوص التى سبقت الاشارة اليها سواء منها المتعلقة بانتقال الملكية أو الخاصة بتبعة الهلاك ، انتهى الى أن المشرع المصرى قد اعتمد فى العقود الناقلة للملكية أو لأى حق عينى قاعدة الهلاك على المالك ، فيما عدا بيع الأشياء المعينة بالذات حيث رجع فى شأن هذه الأخيرة الى قاعدة الهلاك على المدين • وقد أورد سيادته كتطبيقات لقاعدة الهلاك على المالك الحالة المنصوص عليها فى المادة ٢٤١/٣٠٧ وحالة الوديعة والرهن والعارية • غير أنه يلاحظ على هذا الرأى أن التطبيقات الثلاث الأخيرة التى استدل بها هى حالات عقود ملزمة لجانب واحد يتحمل فيها المالك تبعة الهلاك بصفته دائنا بالشيء الذى هلك طبقا للمبدأ الخاص بالعقود الملزمة لجانب واحد وهو أن الهلاك على الدائن • فالأحكام التى نص عليها فى شأن هذه العقود لايمكن اعتبارها تطبيقا لقاعدة عامة تحكم العقود الملزمة للجانبين • يبقى بعد ذلك نص المادة ٢٤١/٣٠٧ • فاذا قارناه بنص المادة ٢٩٧/٣٧١ يبين أن الأول يتناول حالة خاصة ، فى حين أن الثانى ورد فى صيغة عامة تقطع بأنه هو الذى يتضمن القاعدة العامة ؛ وان نص المادة ٢٤١/٣٠٧ لا يعدو أن يكون استثناء من تلك القاعدة •

أما حلمى عيسى باشا ، فقد خلص من دراسة النصوص المشار اليها الى أن المشرع المصرى قد قرر قاعدة عامة تحكم تبعة الهلاك فى عقود البيع وهى قاعدة الهلاك على المدين ، وأورد عليها ثلاثة استثناءات : (أولها) حالة ما اذا كان المشترى قد أعذر لتسلم المبيع بانذار رسمى

أو بما يقوم مقامه.(المادة ٣٦٦/٢٩٧) ، (والثانى) حالة ما اذا كان المشترى معذرا لتسلم المبيع بموجب العقد ذاته (المادة ٣٦٦/٢٩٧) ، (والثالث) حالة العروض المبيعة جزافا (المادة ٣٠٦/٢٤٠) أو المبيعة بالوزن أو العد أو الكيل (المادة ٣٠٦/٢٤١) اذ تنتقل تبعة الهلاك فى هذه الحالات الى المشترى بمجرد تمام عقد البيع .

ويرى حلمى عيسى باشا أن الاستثنائين الأولين يبررهما اعذار المدين بتسلم المبيع • أما الاستثناء الثالث فيرى المؤلف أنه نتيجة غلط غير مقصود وقع فيه المشرع المصرى حيث انه بعد أن أخذ بالمبدأ المقرر فى الفقه الاسلامى كقاعدة عامة رجع عنه فى غير قصد الى المبدأ الذى اعتقد أنه المبدأ المقرر فى القانون الفرنسى •

وعندى أن هذا الحل الأخير لم يكن نتيجة غلط وقع فيه المشرع المصرى ، بل ان ما أخذ به مشرعنا فى جميع النصوص التى عرضناها يشكل تنظيما متناسقا لمسألة تبعة الهلاك لا يرد عليه أى وجه من وجوه النقد التى وجهت اليه • وسندى فى ذلك الاعتماد على العبارة الأخيرة من المادة ٣٧١/٢٩٧ وعلى نص المادة ٣٤٢/٢٧١ وبيان ذلك أن المادة ٣٧١/٢٩٧ تنص على أن تنتقل تبعة الهلاك الى المشترى اذا كان هذا معذرا لتسلم المبيع سواء بانذار رسمى أو بما يقوم مقامه أو بموجب العقد ذاته • وواضح أن اعذار المشترى بموجب العقد ذاته مفاده أن يكون فى العقد نص على أن المبيع تحت تصرفه منذ الوقت المحدد للتسليم أو منذ ابرام العقد اذا لم يكن ثمة أجل للتسليم فالمشترى يتحمل الهلاك منذ الوقت الذى كان يجب فيه تسليم الشىء المبيع اليه طالما أن البائع لم يقع منه ما يحول دون تسلم المشترى ذلك المبيع • وقد أمكن الوصول الى هذه النتيجة بفضل تعريف التسليم الذى عول عليه المشرع فى هذا الصدد والذى أورده فى المادة ٣٤٢/٢٧١ نقلا يكاد يكون حرفيا عن الفقه الاسلامى حيث نصت هذه المادة الأخيرة على أن التسليم يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن هذا من قبضه والانتفاع به

دون حائل • ولو لم يتسلم المشترى المبيع فعلا مادام قد علم أن المبيع تحت تصرفه (٥٦) • فالتسليم القانونى يختلف اذن عن التسليم المادى • أو بعبارة أخرى أن القانون يعترف بأنه يوجد بخلاف التسليم المادى تسليم قانونى يترتب عليه ذات الأثر • فاذا لم يتسلم المشترى فعلا الشىء المبيع ، فانه يعتبر أنه قد تسلمه طالما لا يوجد أجل معلق عليه التسليم ولا عائق من جانب البائع يحول دون تسليمه • فاذا لم يكن ثمة فى العقد أجل محدد للتسليم ، فان التسليم يكون مستحقا وقت ابرام العقد (المادة ٣٤٨/٢٧٧) وبالتالى فانه اذا لم يكن ثمة أجل معين للتسليم ووضع الشىء تحت تصرف المشترى من وقت ابرام البيع ، فان تبعة هلاكه تنتقل الى هذا الأخير منذ ذلك الوقت مع انتقال الملكية اليه ، اذ يعتبر المدين انه قد أوفى بالتزامه بالتسليم • أما اذا كان ثمت أجل معين للتسليم أو لم يوضع المبيع تحت تصرف المشترى ، فيظل الهلاك على عاتق البائع طبقا لقاعدة أن الهلاك على المدين •

يبين من ذلك أن التقنينين المصريين لم يلتزما التزاما تاما لا بمبدأ الهلاك على المدين ولا بمبدأ الهلاك على المالك ، بمعنى أنهما لم يجعلا انتقال تبعة الهلاك مرتبطا لا بالتسليم المادى ولا بانتقال الملكية ، وانما اتبعا حلا وسطا قسم الفترة ما بين انتقال الملكية وحصول التسليم المادى ، وجعل الهلاك الذى يقع فى أثناء جزء من هذه الفترة على عاتق الدائن ، والهلاك الذى يقع فى الباقى من هذه الفترة على عاتق المدين ، وذلك باستخدام فكرة التسليم القانونى التى من شأنها أن توسع كثيرا فكرة التسليم الذى يرتبط به انتقال تبعة الهلاك •

وتفيد فكرة التسليم القانونى هذه فى التوفيق بين نصوص المادتين ٣٣٦/٢٦٦ و ٣٠٧/٢٤١ من جهة ونص المادة ٣٧١/٢٩٧ من جهة

---

(٥٦) قارن تعريف القانون الفرنسى الذى ينص على أن التسليم هو نقل الشىء المبيع الى سلطة المشترى وحيازته (المادة ١٦٠٤ مدنى فرنسى) •

أخرى (٥٧) • فنص المادة ٢٦٦/٣٣٦ اذ يجعل تبعة الهلاك على عاتق المشترى حسب الأحوال أعنى أن هـذه التبعة تنتقل الى المشـترى فى الحالات التى لا يوجد فيها ما يحول دون تسلمه الشيء المبيع ، أما اذا وجد أجل معين للتسليم أو اذا لم يضع البائع المبيع تحت تصرف المشترى ، فان تبعة الهلاك تبقى على البائع ، والأمر كذلك فيما يتعلق بنص المـادة ٢٤١/٣٠٧ الذى يقضى بأن تبعة الهلاك تنتقل الى المشترى فى الوقت الـذى تنتقل اليه ملكية المبيع بكيله أو وزنه أو عده اذ أن هـذا النص يفترض أن المبيع وضع تحت تصرف المشترى منذ ذلك الوقت (٥٨) • أما فى الحالة العكسية أعنى اذا حدد للتسليم أجل لاحق لحصول الكيل أو الوزن أو العد ، أو اذا كان البائع رغم عدم تعيين أجل للتسليم لم يضع الشيء تحت تصرف المشترى من وقت عده أو كيله أو وزنه ، فان اجراء هذه العملية الأخيرة ينقل الملكية الى المشترى ولكنه لا ينقل اليه تبعـة الهلاك بالرغم من عموم عبارة المادة ٢٤١/٣٠٧ اذ أن تبعة الهلاك لاتنتقل فى هذه الحالة الى المشـترى الا من وقت حلول الأجـل المعين للتسليم وبشرط وضع المبيع تحت تصرف المشترى أعنى من وقت حصول التسليم المادى أو التسليم القانونى •

وبهذا التفسير يتم التوفيق بين نص المادة ٢٩٧/٣٧١ من جهة ؛ ونصوص المادتين ٢٦٦/٣٣٦ و ٢٤١/٣٠٧ من جهة أخرى ، وكذلك المادة ٢٤٠/٣٠٦ التى تفترض أن العروض المبيعة جزافا وضعت تحت تصرف المشترى بمجرد ابرام العقد (٥٩) •

ولأن هذه الفكرة الجديدة التى ابتدعهـا التقنينان المصريان فكرة

---

(٥٧) انظر تطبيقا للقاعدة العامة التى نصت عليها المادة ٢٩٧/٣٧١ فى حكم دمياط ٢٤ نوفمبر ١٩٢٤ المحاماة ٥ — ٢٥٩ — ٢٢٣/٣ •

(٥٨) انظر ما تقوم فى ص ٦٢٦ و ٦٣٤ عن نص المادة ١٥٨٥ مدنى فرنسى ، وقرب بنى سويف ٢٨ مايو ١٩٢٣ المحاماة ٣ — ٥١٨ — ٤٢٢ •

(٥٩) أنظـر فى المعنى العكسى استئناف القـاهرة ١٦ ابريل ١٩٣٠ المحاماة ١١ — ٤٠ — ٢٢ •

تسليم قانونى بخلاف التسليم المادى لم يلتفت اليهـا شراح القـانون المصرى ، فقـد بدت لهم النصوص متعارضة وحاروا فى تفسيرها وفى التوفيق بينها ، ولو انهم التفتوا اليها لما رموا تلك النصوص بالتعارض والتناقض ، ولأمكنهم بواسطتها أن يوفقوا بين تلك النصوص .

٥ ـ النتيجة :

فى ختام هذه الدراسة المقارنة ، نستطيع أن نقرب بين الحل الذى أخذ به التقنينان المصريان والحل الذى نص عليه القانون الفرنسى .

فقد رأينا أن حكم المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى لا يمكن رده لا الى قاعدة أن الهلاك على المالك وحدها ولا الى قاعدة أن الهلاك على المدين ولا الى قاعدة أن الهلاك على الدائن ، اذ أن تبعة الهلاك تنتقل الى الدائن من الوقت الذى كان يجب فيه أن يسلم اليه الشىء ، فهى لا ترتبط لا بنقل الملكية ـ وهو يتم عادة من وقت ابرام العقد ـ ولا بحصول التسليم المادى وهو يمكن أن لا يحصل الا فى وقت لاحق ، وانما ترتبط بالوقت الذى يجب فيه تسليم الشىء ولو لم يتم فيه التسليم فعلا ، بشرط ألا يكون عدم حصول التسليم راجعا الى خطأ المدين أو تأخره أو معارضته فى التسليم . فتنتقل تبعة الهلاك الى الدائن من الوقت الذى يصبح فيه الشىء تحت تصرفه ، أعنى كما فى القانون المصرى بمجرد حصول التسليم القانونى (٦٠) .

وعلى ذلك فالقانون الفرنسى والقانون المصرى يتلاقيان فى شأن مسألة تبعة الهلاك رغم اختلافهما فى منطلق كل منهما ورغم الفارق فى

---

(٦٠) واذا طرحنا فكرة التسليم القانونى ، يمكن القول بأن المـادة ١١٣٨ مدنى فرنسى تجعل الدائن معذرا لتسلم الشىء من الوقت الذى يجب فيه تسليمه اليه وطالما أن المدين لم يرفض أن يسلمه اليه ، أى انه يقلب عبء اثبات الاعذار فيما يتعلق بالالتزام باعطاء شىء ، فيكون نقل تبعة الهـلاك الى الدائن نتيجة لاعذاره .

الصياغة بين المادة١١٣٨ مدنى فرنسى والمادة ٣٧١/٢٠٧ مدنى مصرى.
وهذا ما يفسر أنهما بالرغم من الفارق الظاهر فى صياغتهما يصلان الى
الحل ذاته سواء فى حالة بيع العروض جزافا (المادة ١٥٨٦/٣٠٦/٢٤٠)
أو فى حالة بيعها بالوزن أو العد أو الكيل (المادة ١٥٨٥/٣٠٧/٢٤١) ،
أو فى حالة البيع تحت شرط واقف أو البيع المقترن بشرط فاسخ (المادة
١١٨٢/٣٣٩/٢٦٩) .

فى فضل بعض نظم الشريعة الاسلامية

على ما يقابلها من نظم القوانين الحديثة

(ترجمة مقال نشر بالفرنسية فى مجلة
L' Egypte Judiciare منذ خمسين عاما فى عددها
رقم ١٨٧ الصادر بتاريخ ٤ أبريل ١٩٣٧)،

لم يعد أحد ينازع اليوم فى المكانة التى يجب أن يحتلها فقه الشريعة الاسلامية فى علم القانون المقارن ، لقد اعترف منذ زمن طويل بهذه المكانة لفقه الشريعة الاسلامية الكثير من مشاهير علماء القانون أمثال لامبير وديلفكيو ووجمور ، وقد توج اعترافهم بذلك قرار أصدره المؤتمر الدولى الأول للقانون المقارن الذى انعقد فى لاهاى سنة ١٩٣٢ حيث نص على أن يخصص فى المؤتمر الدولى الثانى للقانون المقارن الذى سينعقد هذا العام (عام ١٩٣٧) مركز خاص لدراسة فقه الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون المقارن •

وقد ذكرنا الأستاذ العلامة اداو لمبير منذ بضعة أيام قليلة فى احدى محاضراته العامة التى ألقاها فى كلية حقوق جامعة القاهرة بهذا القرار الذى أصدره المؤتمر المذكور فى عبارة مفعمة بالحماس الشديد •

غير أنه لأن كثيرا من الفقهاء حتى من بين أعضاء المؤتمر الدولى المشار اليه اعتقدوا أن دراسة الفقه الاسلامى تقتصر فائدتها على الناحية التاريخية ، فقد دعا ذلك الأستاذ الدكتور وديع فرج الى ابراز الدور الحقيقى الموضوعى الذى قصد وفد مصر فى المؤتمر اعطاءه الى دراسة الفقه الاسلامى • فقد قال سيادته :

« نحن نرمى بصفة خاصة الى أن نثبت حقيقة هامة وعادلة وهى أننا لا ينبغى أن نعامل باعتبارنا منتفعين فحسب من علم القانون المقارن ،

بل أيضا باعتبارنا شركاء مساهمين فى تكوينه • صحيح اننـــا انتفعنا كثيرا من علم القانون المقارن فى سن تقنيناتنا الحديثة ، ولانزال نرجع اليه كثير لنقتبس منه ما يفيدنا فى تطور تشريعاتنا وقضائنا ، ولـــكن فى وسعنا أيضا أن نسهم فى تكوين وتطوير علم القانون المقارن بالرجوع الى النظم التقليدية المشتركة للشعوب الاسلامية ، ونعنى بذلك أننا نطمح الى أن نحصل من هذا المؤتمر على اعتراف بأن دراسة الفقه الاسلامى لا تقتصر فائدتها على الناحية التاريخية بل تعتبر عنصرا طبيعيا وعاملا أساسيا فى تكوين وتطوير الفقه المقارن المعاصر » •

ولم يقف الوفد المصرى فى المؤتمر عند حد الادلاء بتأكيدات فى هـــذا الشأن ، بل انبرى الأستاذ الدكتور عبـــد المنعم رياض لتعـــزيز تأكيدات زميله ببعض الأمثلة من نظريات الفقه الاسلامى تتبدى فيهـــا سوابق أكيدة لبعض الأفكار القانونية الحديثة التى مازالت تظهر فى دور البراعم غير الواضحة فى الطور الذى وصل اليه علم القانون المقارن حتى الآن ، وذكر من بين هذه النظريات نظرية الضرورة • مما دعا الأستاذ ادوار لمبير الذى كان يرأس اذ ذاك القسم العام للمؤتمر الى أن يقرر أن تلك النظرية الاسلامية نظرية الضرورة نظرية خصبة جدا . فهى تبدو أوضح تعبير لفكرة عامة تمتد جذورها الى أعماق نظرية الظروف المتغيرة المسلمة فى القانون الدولى العام تأسيسا على شرط بقاء الحال على ما هى عليـــه rebus sic stantibus والى نظـــرية الظـــروف الطـــارئة théorle de l'imprévision التى ابتدعهـــا القضـــاء الادارى الفرنسى والى محاولات القضـــاء الانجليزى تليين فكرة اســـتحالة تنفيذ الالتزامات متأثرا فى ذلك بضـــغوط الظروف الاقتصـــادية التى نشأت من الحرب العالمية والى أحكام القضاء الدستورى الأمريكى حول الضروره والخطر والاستعجال emergency •

وذكر الأستاذ السنهورى أيضـــا فى هـــذا الشأن نظرية الفقـــه الاسلامى فى التعسف فى استعمال الحقوق التى كان قد أبرزها حوالى سنة ١٩١٣ المرحوم الدكتور محمود فتحى فى رسالته للدكتوراه ، حيث

بين هذا الأخير فيها أن هذه النظرية قد وصلت عند اكتمال تطويرها الى تعيين أربع صور محددة للتعسف فى استعمال الحقوق ، فى الوقت الذى كان فيه الفقه الغربى لم يكتشف بعــد الا عن أولى هذه الصور — وهى الصورة الاندر حصولا فى العمل — صورة استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير • وأخيرا منذ عام واحــد فقط جسم زميلنــا الدكتور الســعيد مصطفى تفوق النظرية الاسلامية فى اساءة استعمال الحقوق على غيرها فى رسالة خصصها لبيان تطبيقات هذه النظرية فى مجال استعمال الحقوق الزوجية •

وفى مجال المسئولية المدنيــة ، كان لســعادة المستشار المرحوم عبد الحميد بدوى باشا فى سنة ١٩١٣ فضل ابراز تفوق فكرة الشريعة الاسلامية الخاصة بهذه المسئولية ، فقد نشر بحثا قيمــا فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٥٥٤ وما بعــدها تناول فيــه الخطأ الوضعى la faute objective كأساس للمسئولية المدنية أشار فيه الى محاولات الفقه الحديثة « لتوضيع » pour objectiver فكرة الخطأ وأوضح أن فقهاء الشريعة الاسلامية كانوا قد حققوا ذلك منذ قرون طويلة ، حيث أقروا مسئولية القاصر وعديم التمييز مسئولية مدنية من قبل أن تأخذ بها الشرائع الحديثة بزمن طويل •

وفى العام التالى قدم سعادة المستشار بدوى باشا دليلا آخر على تفوق بعض نظم الشريعة الاسلامية ، فى مجال تنظيم انتقال تركة المورث الى ورثته ، فقد عقد بحثا حول قاعدة الشريعة الاسلامية « لا تركة الا بعد سداد الديون » (فى مجلة مصر المعــاصرة سنة ١٩١٤ ص ١٥ الى ص ٥١) قارن فيه بين كيفية انتقال تركة المورث الى ورثته فى القانون الرومانى والقوانين الغربية من جهة وبين كيفية انتقالها فى الشريعــة الإسلامية ، انتهى منه الى أن نهاية المطاف فى تطور القانون الرومانى فى هذا الشأن كانت اعتبار شخصية الوارث مكملة لشخصية المورث وبالتالى التزام الأول بسداد جميع ديون الأخير •

وقد انتقلت هذه القاعدة من القانون الرومانى الى القانون الحديث. غير أنه لوحظ أنه منذ أواخر القانون الرومانى عمد الفقهاء الى ابتداع وسائل يخففون بها من مساوىء اعتبار الوارث مكملا شخصية المورث ، كتخويل الوارث حق رفض تركة مورثه ، وتخويله حق قبولها بعد جرد محتوياتها فى ظرف أربعين يوما وتخويل دائنى الوارث حق طلب فصل ذمتى الوارث والمورث فى حالة زيادة ديون الوارث على أمواله ، ولكن هذه الوسائل كانت تغلف باجراءات شكلية كثيرة التعقيد ويقيد استعمالها بآجال كثيرة ومواعيد سقوط ، حتى اضطر فقهاء القوانين الغربية التى استمدت جذورها من القانون الرومانى الى السعى حثيثا لدرء مساوىء قاعدة اعتبار الوارث مكملا شخصية المورث . وانتهى سعادته من بحثه الى أن هذه القاعدة العتيقة الرومانية لكثرة ما أدخل عليها من تعديلات لعلاج بعض مساوئها تكاد أن تكون فقدت كيانها ، واقتربت كثيرا من القاعدة التى تقابلها فى القانون الجرمانى وهى أقرب ما تكون الى قاعدة الشريعة الاسلامية .

فمنذ فجر الفقه الاسلامى وجد فيه مبدأ شخصية الالتزامات وبالتالى عدم قابلية الالتزامات للانتقال بوفاة المدين ، غير أن الفقهاء الأول حدوا من مساوىء هذا المبدأ فيما يتعلق بديون المورث ، بأن افترضوا استمرار حياة المتوفى بعد وفاته طوال المدة اللازمة لسداد ديونه حتى لا تضيع هذه الديون على أصحابها وحتى لا يلزم بها ورثة المدين المتوفى ، وفى هذه الفترة تخصص أموال المتوفى لسداد ديونه ، ثم يؤول الباقى الى ورثته ، وهكذا وصل الفقه الاسلامى دفعة واحدة بتقريره قاعدة لا تركة الا بعد سداد الديون الى تحقيق ما وصل اليه القانون الرومانى والقوانين الغربية المستمدة منه بعد التجائها الى وسائل كثيرة خلال مراحل تطورها العديدة (١) .

---

(١) انظر فى أفضلية مبدأ الشريعة الاسلامية القاضى بأن لا تركة الا بعد سداد الديون على المبدأ الرومانى الذى انتقل الى القوانين اللاتينية مقررا أن الوارث يكمل شخصية المورث فيأخذ جميع أمواله ويلتزم بكافة ديونه وما اقتضاه هذا المبدأ من ادخال تعديلات كثيرة عليه لدرء عيوبه أو للاقلال منها

وهناك مثل آخر على تفوق بعض نظم الشريعة الاسلامية على ما يقابلها فى النظم الغربية أتيح الى كشفه عند دراسة نظرية تحمل تبعة الهلاك فى القانونين المصرى والفرنسى (فى بحث باللغة الفرنسية نشر حديثا فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ١٩٣٦ العدد السابع ص ٣٢٢ وما بعدها من القسم الأفرنجى منشور فى ص ٦٠٣ من هذه المجموعة) فقد بدأت بحثى من نصوص القانون الفرنسى التى خرجت فيما يتعلق بالالتزام باعطاء شىء obligation de donner على القاعدة العامة التى اعتمدها بالنسبة للالتزامات كافة وهى أن الهلاك يقع على عاتق المدين حتى التسليم res perit debitori حيث قرر فى شأن تلك الالتزامات حكما يبدو أن مؤداه جعل تبعة الهلاك على المالك res perit domino ، مع التحفظ فى أن تبعة الهلاك لا تنتقل الى المالك الا من الوقت الذى كان فيه يجب تسليمه الشىء محل الالتزام (المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى) . أما الفقه الاسلامى ، فقد طبق على هذا النوع الأخير من الالتزام القاعدة العامة التى تقضى بجعل الهلاك على المدين حتى التسليم . ولكنه وصل الى نفس النتيجة التى انتهى اليها القانون الفرنسى بخروجه على تلك القاعدة العامة بأن ابتدع فكرة التسليم القانونى وقد سماه (التخلية)، المتميز عن التسليم المادى للشىء . وبذلك أمكنه أن يبقى على تعميم قاعدة الهلاك على المدين حتى التسليم سواء كان تسليما ماديا أو تسليما قانونيا . وهذا ما كان يقرره أيضا القانون الجرمانى ونص عليه كل من التقنينين المدنى الألمانى (فى المادة ٤٤٦)،

مؤلفنا فى أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ ص ٣٩٨ الى ص ٤٠٠ ، وانظر كذلك فى المرجع والموضع السابقين تفوق الشريعة الاسلامية فى الاخذ بحوالة الدين cession de dette التى لم تعرفها القوانين اللاتينية حيث اقتصرت على تنظيم حوالة الحق cession de eréance . يضاف الى ذلك تفوق الشريعة الاسلامية فى الاعتراف بأهلية الاداء الكاملة للمراة سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة فى حين أن القانون الفرنسى كان يعتبر المراة المتزوجة حتى صدور قانون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ ناقصة الاهلية لا يصح تعاقدها الا بموافقة زوجها . أنظر أيضا القانون الفرنسى رقم ٦٥ — ٥٧٠ الصادر فى ١٣ يوليه ١٩٦٥ بتعديل المادة ٢١٦ مدنى فرنسى .

والتقنين البرازيلى (فى المادتين ١١٢٦ و ١١٢٧) والتقنينين المصريين الملغيين (المادة ٢٩٧/٣٧١) والتقنين المدنى الحالى (فى المادة ٤٣٧) .

هـذه الأمثلة وكثير غيرها (٢) تعزز التأكيـدات التى أشرنا الى ابدائها من قبل الأستاذ الدكتور وديع فرج الذى لم يكن فيها الا معبرا عن رأى عام للمدرسة الحديثة فى القانون المصرى . وقد عبر أيضا عن ذلك أخيرا الأستاذ العميد الدكتور السنورى حين تحدث فى محاضرة عامة ألقاها فى الجامعة الأمريكية عن « واجبنا التشريعى بعد المعاهدة » حيث قال :

« انه من المهم ألا نقع فى الأخطاء ذاتها التى وقعنا فيها فى القرن الماضى باغفـال الفقه الاسلامى من بين المصـادر التى اقتبسنا منهـا تشريعنا ، اذ أن الفقه الاسلامى مصـدر متميز يصلح لاخصـاب أى تشريع لبلد عربى شرقى » ، (وقد أورد محرر جريدة المحاكم المختلطة هذه العبارات فى مقاله الذى سنشير اليـه فيما بعد ، وأسقط العبارات التالية لها مباشرة ، ثم عاود ايراد عبارات الأستاذ السنهورى الأخيرة) « وأخذنا من هذا المصدر الخصب لا يتعارض البتة مع العلاقات الوثيقة التى تربطنا بشرائع الغرب ، بل انه من الميسور جدا التأليف والتنسيق بين مبادىء هـذه الشرائع ومبـادىء الفقـه الاسلامى . ولا يصح الاعتراض علينا بأننا فى الوقت الذى نسعى فيه الى الغاء الامتيازات الأجنبية نفكر فى سن تقنين جـديد يكون ساريا على الأجانب نضـمنه مبادىء تجافى المبادىء الحديثـة للقانون العـالمى المشترك ، اذ الأمر بالعكس ففى الفقه الاسلامى مبـادىء لو أدخلت فى القـانون المصرى لأكسبته تقدما وتفوقا على بعض شرائع الغرب » (وقد أسقط محـرر جريدة المحاكم المختلطة فى مقاله الذى سنشير اليه العبارات المتقدمة من خطاب الأستاذ السنهورى) .

---

(٢) انظر من هذا القبيل الامثلة العديدة الاخرى التى أوردها الاستاذ الدكتور السنهورى فى بحثه القيم « فى ضرورة تنقيح التقنين المدنى المصرى » المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة سنة ١٩٣٦ ص ١ الى ص ١٤٤ .

« فلنرجع اذن فى دراساتنا القانونية الى دراسة الفقه الاسلامى لنجعل منه الرابطة التى تربط بيننا وبين سائر الشعوب العربية . فنحن أمة شرقية لنا تاريخ مجيد فى ريادة شعوب الشرق ، فيجدر بنا أن نصل حاضرنا بماضينا وأن نوثق عرى التعاون بيننا وبين أقرب جيراننا وهم أشقاؤنا فى اللغة وفى العرق » .

غير أن فكرة العميد السنهورى هذه قد أسىء فهمها فى حينها من البعض ، بل حرفت من البعض الآخر عن معناها ومرماها ، فقد نشر محرر جريدة المحاكم المختلطة أخيرا فى العدد رقم ٢١٩١ مقالا ذهب فيه الى أننا مع ما يذهب اليه العميد السنهورى نبتعد عن قانون العالم الحديث du droit des gens moderne الذى تشير اليه المعاهدة الانجليزية المصرية : ومع ذلك أقر المحرر نفسه فى المقال ذاته أن دعوة الأستاذ السنهورى هذه ليس فيها ما يقلق لو أنها جردت من التفسير الذى خلعته عليها أخيرا مظاهرات طلبة جامعة الأزهر .

ونرى أن محرر هذا المقال كان يستطيع أن يعفى نفسه من البحث عن معنى دعوة الأستاذ السنهورى ومرماها فى تصرفات بعض أعداد من الطلبة الذين لا تربطهم بالأستاذ السنهورى أى صلة فى حين أن المعنى والمرمى المذكورين ماثلان فى العبارات التى أغفل المحرر نشرها من بين فقرات خطاب الأستاذ السنهورى ، فان تلك العبارات التى أسقطها المحرر من ذلك الخطاب توضح أن دعوة الأستاذ السنهورى ترمى الى التنسيق بين مبادىء القانون الحديث وخير ما تتضمنه مبادىء الفقه الاسلامى .

وحتى بقطع النظر عن عبارات الأستاذ السنهورى التى أسقطها محرر المقال المشار اليه ، فان مجرد التفكير البسيط ينبىء عن أنه يستحيل التسليم بتفسير دعوة الأستاذ السنهورى بمسلك بعض طلاب الأزهر فى مظاهرتهم ، لأن هذه الدعوة لم تكن مرتجلة تحت تأثير شعور وطنى شحذته المعاهدة ، كما قد يحلو للبعض أن يصوروه ، بل كانت

وليدة بحث وتأمل طويلين أعقبا دراسات وبحوثا عديدة فى القانون المقارن، وقد عبر عنها سيادته مرارا قبل ذلك فى كتاباته السابقة (ومن أهمها رسالته فى الخلافة وتطورها نحو عصبة أمم شرقية جامعة باريس سنة ١٩٢٦ وبحثه آنف الذكر فى ضرورة تنقيح التقنين المدنى المصرى)، فاذا أردنا الوصول الى المعنى الحقيقى للدعوة التى حاول الأستاذ السنهورى أن يبسطها أمام جمهور مستمعيه فى الجامعة الأمريكية ، تعين فهمها فى ضوء كتاباته السابقة ، فيتبين حينئذ فى جلاء أن هذه الدعوة ليس فيها ما يثير أى قلق ، بل هى بالعكس من ذلك تتفق مع أحدث مبادىء القانون الحديث وعلم القانون المقارن ، اذ أن من المتفق عليه فى هذا العلم أنه لا يكفى لسن تشريع جيد استلهامه من نماذج أجنبية تستورد من الخارج بل يلزم فى ذلك مراعاة ظروف المجتمع المحلية وتقاليده وعاداته وحاجاته • وبما أن لدينا فى مجتمعنا تراثا قيما من النظريات القانونية ، يضارع بل يفوق أحيانا ما يوجد من نظريات فى أحدث الشرائع ، فانه من غير المقبول عقلا أن ننصرف عن هذا التراث لنلجأ الى نقل أو تقليد أنظمة قانونية نشأت فى مجتمعات أخرى تختلف عن مجتمعنا •

هذه الاعتبارات هى التى حدت الأستاذ السنهورى — بقطع النظر عن أى اتجاه دينى ، الى هذه الدعوة التى تتسم فى آن واحد بطابع علمى وبطابع وطنى ، ونعتقد أن المدرسة المصرية للقانون الحديث تشاركه فى هذه الدعوة •

ولنسمعه يردد فى المؤتمر الدولى الأول للقانون المقارن المنعقد سنة ١٩٣٢ فى لاهاى بعض عباراته التى كان قد أوردها فى رسالته القيمة فى الخلافة وتطورها نحو عصبة أمم شرقية (جامعة باريس سنة ١٩٢٦) •

« المقصود أن نعيد الى الفقه الاسلامى — من طريق الدراسة التاريخية والمقارنة الجادة — قابليته للتوافق مع ظروف نظام المجتمع الحالى ، ويكون المنطق فى هذه الدراسات الفصل بين الجانب الدينى

والجانب الزمنى للفقه الاسلامى . فالجانب الدينى يخرج من نطـاق دراساتنا هذه ، ويجب أن يبقى من اختصاص علمـاء الدين الاسلامى وحدهم ، وفى دراستنا للفقه الاسلامى يجب أن نعنى بجعل هذا الفقه قابلا للتطبيق على غير المسلمين كما على المسلمين أنفسهم . ولبلوغ هذه الغاية يجب أيضا أن نميز فى الجانب الزمنى ذاته من قواعـد الفقـه الاسلامى بين القواعد التى تصطبغ بصبغة دينية والقواعد التى تعتبر قواعد قانونية بحتة . فالأولى تقتصر على قوتها الأدبية فحسب وتحكم خلجات الضمير ، أما الثانية فهى وحدها التى يتكون منها النظام القانونى بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة ، الواجب التطبيق على جميع المواطنين مسلمين كانوا أو غير مسلمين .

« وفى الحق فانى أقصد بالاسلام ليس مجموعة من العقائد الدينية بل نوعا من الحضارة قائما على أساس نظام قانونى ، فالذى يهمنى فى أبحاثى العلمية الاسلام كحضارة وليس الاسلام كعقيدة ، وفى اعتقادى أننا جميعا مسلمين وغير مسلمين نلتقى فى هذا المجال العلمى البحت ونتفق على ضرورة تطوير هذا الفقه الاسلامى العتيد الذى بنته عقليات قانونية جبـارة لا يمـكن أن تقارن بهـا الا عقليات أعاظم فقهـاء القـانون الرومانى » .

ثم يعود الأستاذ السنهورى الى الفكرة ذاتهـا فى سنة ١٩٣٥ فى بحثه القيم فى ضرورة تنقيح التقنين المدنى المصرى حيث يعرض للمصادر المختلفة التى يتعين على لجنة تنقيح ذلك التقنين الرجوع اليها لتستمد منها النصوص التى تضعها فيذكر : (١) أحكام القضاء المصرى خلال الخمسين عاما الماضية ، (٢) أحدث التقنينات الأجنبية فى خير ما حوته من نصوص ، (٣) الشريعة الاسلامية التى كانت هى الشريعة العامة الى حين اصدار تقنيناتنا الحـالية والتى ظلت معمولا بهـا فى بعض المجالات .

وفى محاضرته التى ألقـاها فى الجـامعة الأمريكية نراه يؤكد مرة

أخرى على ضرورة استوحاء الشرائع الحديثة فيقول يجب أن لا نقتفى أثر شريعة بذاتهــا بل نتخير من مختلف الشرائع سواء ذات الأصــل اللاتينى أو الأصل الجرمانى أو غيرهما ما يتفق مع تقاليدنا القانونية ويوائم مزاج أمتنا ويلبى حاجاتها المختلفة •

ويلاحظ أن الأستاذ السنهورى لم يكتف بتوجيه تلك الدعوة بل انتهز أول فرصة عرضت له ليطبقها عنــدما دعى الى بغداد فى العــام الماضى فترة قصيرة لينظم كليــة الحقوق بها ، ولىضع فى الوقت ذاته مشروع تقنين مدنى عراقى ، فبدأ بمشروع تمهيدى للفصل الخاص بعقد البيع استمده من مقارنة الشرائع الحديثة ، ثم وضع له مشروعا تمهيديا آخر مستمدا من مقارنة المذاهب المختلفة للفقه الاسلامى ، ثم قرب بين هذين المشروعين التمهيديين وأدمجهما فى مشروع ، جاء خير شاهد لصالح الفقه الاسلامى (أنظر هذه المشروعات المختلفة فى مجلة القضاء ، بغداد السنة الثانية العددان الثالث والرابع) •

وجدير بالتنويه أن الأستاذ السنهورى قد جعل بحثه فى كــل ما كتب فى هذا الشأن مقصورا على ناحية القانون المدنى وضرورة تنقيحه وكيفية اجراء هذا التنقيح ، وقد أوضح ذلك صراحة وقرره مرارا بمــا لا يدع مجــالا لأى شك فى حقيقة نيته ، فيكون من الخطأ الفاحش فى فهم آرائه ودعوته نقلها أو مدها الى مجال آخر من مجالات القانون•

وكذلك فعلنا اذ قصرنا بحثنا على مجال القانون المدنى وحده لنبين فى هذا المجــال فضل بعض نظم الشريعة الاسلامية على ما يقــابلها فى الشرائع الحديثة ، وقد خلصنا من ذلك عند بدء مرحلة الاعداد لتنقيح القانون المدنى الى أن الطريقة المثلى لاجراء هذا التنقيح هى التى تؤلف بين خير ما يوجد فى تراثنا القانونى الوطنى بما فيه الفقه الاسلامى وخير ما يمكن أن تزودنا به دراسات القانون المقارن •

التقنين المدنى المصـــرى الموحـــد

(مصادره وخصائصه ودوره فى المستقبل)

ترجمة تقرير مقدم من الدكتور سليمان مرقس
بالاشتراك مع الأستاذ الدكتور وديع فرج
الى النـــدوة الدولية للعلوم الاجتمـــاعية
المنعقدة فى أثينا فى أكتوبر سنة ١٩٥٢ (*)

صدر فى مصر للعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تقنين مدنى موحد حل محل التقنينين القديمين اللذين كان قد صدر أولهما فى سنة ١٨٧٥ للعمل به فى المحاكم المختلطة التى ألغيت اعتبارا من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ بناء على اتفاقية مونترو التى أبرمت فى مصر فى سنة ١٩٣٧ مع الدول صاحبة الامتيازات واتفق فيها على الغاء تلك المحاكم بعـــد فترة انتقالية انتهت فى ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ وكان ثانيهما قد صدر فى سنة ١٨٨٣ للعمل به فى المحاكم الوطنية •

ونرى قبل أن نتحدث عن هذا التقنين الجديد أن نذكر فى ايجاز الظروف التى وضع فيهـــا التقنينان القديمان اللذان ألغاهما التقنين الجديد وحل محلهما • وان تبين سماتهما الغالبة وتطور الأفكار والظروف منذ صدورهما تطورا جعل تنقيحهما وتوحيدهما أمرا ضروريا •

كانت الشريعة الاسلامية حتى عام ١٨٧٥ هى الشريعة العامة فى

(*) منشور باللغة الفرنسية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية والعشرون (سنة ١٩٥٢) ص ٢٥٠ وما بعدها من القسم الافرنجى .

مصر ، ولكنها لم تكن تطبق على جميع سكان مصر ، لأن الأجانب المقيمين بمصر من رعايا الدول صـاحبة الامتيازات Puissances Capitulaires كانوا يتمتعون فيها بمميزات هامة ، من أهمهـا أنهم كانوا لا يخضعون للقانون المصرى ، بل تطبق عليهم حتى فى معاملاتهم مع المصريين قوانين بلادهم ، سواء فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية أو بمعاملاتهم • وكان لهذا الوضع مضار وعيوب كثيرة بالنسبة الى مصر والمصريين • فاتفقت مصر مع الدول صاحبة الامتيازات على انهاء هذا الوضع بانشاء محاكم الاصـلاح Tribunaux la Réforme التى سـميت بعـد ذلك بالمحاكم المختلطة وعقد لها الاختصاص بنظـر المنازعات التى تنشأ فى المعاملات بين رعايا الدول صاحبة الامتيازات المشار اليها فيما بينهم أو فيما بينهم وبين المصريين ، واتفق على أن محاكم الاصلاح تطبق على تلك المنازعات قوانين موحدة تستمد من القوانين الفرنسية • وبناء على ذلك تم وضع التقنين المدنى المختلط الذى صدر وعمل به فى تلك المحاكم ابتداء من سنة ١٨٧٥ •

وقد تميز هذا التقنين بحكم الظروف التى وضع فيهـا والمصالح التى رمى به واضعوه الى تحقيقها بالخصائص الآتية :

١ ـ اقتصر التقنين المختلط على تنظيم المعاملات وخلا من تنظيم للأحوال الشخصية لأنه أعد لتطبيقه على أجانب من جنسيات مختلفة ظل كل منهم خاضعا لقانون بلده فيما يتعلق بأحواله الشخصية •

٢ ـ جـاء على نسق التقنين الفرنسى الذى نقل عنـه منبثقا من المذاهب الفردية ومتضمنا فى الغالب معايير ذاتية •

٣ ـ لأنه استعيض به عن المـزايا الكثيرة التى كان يتمتع بهـا الأجانب التابعون للدول صاحبة الامتيازات فى مصر من ناحية التشريع ، توخى فيه واضعوه بصفة خاصة رعاية مصالح هؤلاء الأجانب ، ولأن الأجانب كانوا فى الغالب دائنين جاءوا الى مصر ليستثمروا فيها أموالهم

أو يزاولوا فيها نشاطاتهم المختلفة ، سادت التقنين المختلط بصفة عامة نزعة رعاية مصالح الدائنين دون اهتمام بمصالح المدينين .

٤ — ولأنه وضع لتطبيقه فى بلد كانت الشريعة الاسلامية هى شريعة البلد العامة تعين على واضعيه بالضرورة أن يستمدوا من هذه الشريعة بعض قواعدها ونظمها الأكثر انتشارا فى البلد كتنظيم البيع الحاصل فى مرض الموت وبيع الأشياء المستقبلة وقاعدة أن لا تركة الا بعد سداد الدين ونظام الشفعة ... الخ .

ولما صحت عزيمة الحكومة المصرية على اصدار تقنين مدنى يطبق على مواطنيها فى علاقاتهم فيما بينهم أو فيما بينهم وبين الأجانب من رعايا الدول غير الدول صاحبة الامتيازات أو بين بعض هؤلاء وبعضهم . رأت أن تنقل هذا التقنين عن التقنين المختلط سالف الذكر فيما عدا بعض تعديلات قليلة طفيفة ، فجاء التقنين الوطنى متسما بنفس خصائص التقنين المختلط فيما عدا رعايته الزائدة لحقوق الدائنين ، وجاء مثله مقصورا على تنظيم المعاملات دون الأحوال الشخصية ولكن لسبب آخر غير السبب الذى دعا الى قصر التقنين المختلط على المعاملات هو الأهمية الكبرى السائدة فى البلاد للعقائد الدينية فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية وتعدد ديانات المصريين وطوائفهم الدينية تعددا كان عقبة فى سبيل توحيد تنظيم أحوالهم الشخصية .

وظل هذان التقنينان المختلط والوطنى معمولا بهما فى مصر نحو سبعين عاما ، طرأت فى خلالها على مصر تحولات هامة كثيرة سياسية واقتصادية واجتماعية كان لا مندوحة من أن تكون لها انعكاساتها على التشريع المصرى .

وألهبت ثورة سنة ١٩١٩ الشعور الوطنى ، فكانت منطلقا للكثير من التحولات الهامة التى أشرنا اليها .

ففى مجال السياسة أدت هذه الحركة الى اعــلان استقلال مصر والى الغاء نظام الامتيازات الأجنبية بقيوده التى كان يفرضهــا على سلطان المشرع المصرى بالنســبة الى الأجانب والى الغــاء المحــاكم المختلطــة ، وأصبح كل ذلك يفرض ضرورة مراجعــة التشريع المصرى بهدف توحيده •

وفى مجال الاقتصاد حيث كانت مصر تعتبر حتى قيام هذه الحركة بلدا زراعيا بحتا ، انبثقت بعض الصناعات وأخذت تنمو ، فشاع فيهــا استعمال الآلات الميكانيكية ووسائل النقل الحديثة مما أدى الى تعاظم أهمية الثروة المنقولة والتجارة ؛ فبــدا التقنينان القديمان غير كافيين لمواجهة العلاقات الجديدة التى نمت عقب ازدهار التجارة والصناعة ، وظهر أن المعايير الذاتية التى تضمنها التقنينان المذكوران لا توائم حاجة المعاملات الى الاستقرار والأمان ، كما أن الرعاية الزائدة لحقوق الدائنين التى سادت التقنينين المذكورين لم تعد تساعد على ازدهار التجارة ونمو الائتمان فوق أنها كانت كثيرا ما تؤدى الى التعسف فى استعمال الحق بما يمس الشعور بالعدالة •

وفى مجال الاجتماع ، تضاعف عدد سكان مصر فى خلال النصف الأول من القرن العشرين ، فى حين لم تزد مساحة الأرض المستعملة فى الزراعة أية زيادة محسوسة ، هذا فوق سوء توزيع هــذه المساحة بين السكان حيث كانت قلة محدودة تملك القدر الأكبر من الأراضى ؛ ممــا كان يؤدى الى كثير من العسف • ومن جهــة أخرى فان نمو التجــارة والصناعة وانتشار التعليم قد ساعدت على توعية طبقة العمال بحقوقهم ؛ فاحتجوا على تعسف كبار الملاك وأرباب العمل وأخذوا يطالبون بحقوقهم التى كانت مهضومة كالحق فى أجر عادل والحق فى معاش أو فى مكافأة نهاية الخدمة والحق فى اجازات دورية وفى العلاج الطبى وفى التعويض عن حوادث العمل وفى تحديد ساعات العمل والحق فى تكوين نقابات وحق تنظيم عقد العمل الفردى وعقد العمل الجماعى الخ . ومن ثم نشأ تيار

اشتراكى لا يتواءم مع المذاهب الفردية التى قام على أساسها التقنينان المدنيان اللذان كان معمولا بهما •

كل هذه التحولات جعلت التوافق يضعف بين نصوص التقنينين المذكورين والوقائع التى تحكمها • وقد بذلت أحكام القضـاء بمعاونة آراء الفقهاء قصارى جهدها لتعويض ذلك وملافاة نتائجه تارة من طريق التوسع فى تفسير النصوص ، وتارة أخرى بالالتجاء الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العـدالة ، من ذلك بوجه خاص ما استنبطته من نظم ونظريات كنظرية التعسف فى استعمال الحق والاشتراط لمصلحة الغير ونظام التأمين وحماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية بل حاولت بعض الأحكام الأخذ بنظريات لم تكن النصوص التى بين يديهـا تؤدى اليهـا كنظرية المسئولية المادية ونظرية الظروف الطـارئة ونظرية الاستغلال أو التسلط ، لذلك كان لا مندوحة من تدخـل المشرع ، بل من مراجعـة التقنينين المذكورين مراجعة شاملة •

وبعد عدة محاولات أسندت تلك المراجعة الى فقيهنا الكبير الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى العميـد السـابق لكلية الحقوق والقاضى السابق بالمحاكم المختلطة ورئيس مجلس الدولة • وكان لابد للتقنين الجديد الذى أدت اليه هذه المراجعة أن يراعى التحولات الكثيرة التى تقدمت الاشارة اليها والتيارات الفكرية التى ظهرت فى البلاد وأن يجعل النصوص أكثر مواءمة للوقائع وأن يضع معايير مرنة تسمح للقانون أن يتواءم فى يسر مع تطورات الظروف فى المسـتقبل لأطول مدة ممكنة دون حاجة الى تدخل من المشرع أو الى مراجعة جديدة •

وفيما يلى سنبين فى ايجاز أهم المصادر الذى استمد منها واضعو التقنين الجديد أحكامه وأهم الخصائص المميـزة له ثم نرسم الـدور المباشر الذى ينتظر أن يلعبه التقنين الجديد كأداة لتوحيـد أو تقريب شرائع الشرق الأدنى ونبين أهميته الخاصة بالنسبة لدراسات القانون المقارن •

(أولا) أهم المصادر التى استمد منها التقنين الجديد :

لم يخطر ببـال واضعى التقنين الجـديد قط أن يغفلوا القانون السابق أو ينصرفوا عنه بأى حال ، بل بالعكس من ذلك أرادوا أن يجعلوا من القانون الجديد استمرارا للقانون السابق وللفقه والقضاء اللذين قاما على أساسه ، مع الافادة فى مراجعتـه من تراثنا القيم المتمثل فى الشريعة الاسلامية ومن بحوث ودراسات القانون المقـارن • ومن ثم اتخذوا لمراجعة التقنين مصادر ثلاثة بالاضـافة الى نصوص التقنينين السابقين هى أحكام القضاء المصرى وفقه الشريعة الاسلامية ودراسات القانون المقارن •

فكانوا بوجه عام يستقون القاعدة الموضوعة من أحكام القضـاء أو من الشريعة الاسـلامية ثم يبحثون من طريق مقـارنة الشرائع عن الصيغة الأكثر مواءمة للتعبير عن تلك القاعدة •

فأحكام القضاء أتاحت لواضعى التقنين الجديد تنظيما كاملا لبعض الأنظمة كالشيوع والحراسة وحقوق الارتفاق والتزامات الجوار ، ودلتهم على الطريق الذى يمكن سلوكه لتنظيم مسائل خلا من تنظيمها التقنينان السابقان ومنها مسائل الظروف الطارئة والاستغلال والمسئولية الناشئة عن الأشياء ، فسار واضعو التقنين الجديد فى الطريق الذى أشارت اليه المحاكم فيما عرض عليها من وقائع وتمكنوا بذلك من سد بعض الثغرات التى كانت فى التقنينين السابقين ، واستمد واضعو التقنين الجـديد من الفقه الاسلامى كثيرا من أحكامه ، فهم قد استلهموا منه أولا والى حد كبير النظرة المـادية للالتزامات المقررة أيضـا فى الشرائع الجرمانية ، ليتلافوا بها مضـار النظرة الذاتيـة التى قامت على أساسها التقنينات اللاتينية والتقنينان المصريان السابقان • فالفقه الاسـلامى ينظر الى الالتزام باعتباره عنصرا من عناصر الذمة المالية لا باعتباره كمـا تنظر اليه الشرائع اللاتينية رابطة بين شخصين ، ومن هنا كانت نزعته المادية

فى تنظيم الحقوق واستعمالها وانتقالها ، وفى تكوين العقد وتفسيره وتنفيذه وفسخه وفى المسئولية المدنية الخ • وقد أخذ التقنين الجديد بهذه النزعة بالقدر اللازم لعلاج مضار النزعة المضادة • وهو من جهة أخرى لم يكتف بالاحتفاظ بالنظم التى كان التقنينان السابقان قد استمداها من الشريعة الاسلامية ، بل أضاف اليها استمداده من الفقه الاسلامى نظما أخرى لا تقل عن الأولى أهمية ولها تطبيقات كثيرة فى العمل كنظرية التعسف فى استعمال الحقوق ونظرية الظروف الطارئة •

وكذلك لم تكن أهمية مقارنة الشرائع لتغيب عن أذهان واضعى التقنين الجديد • فهم لم يقفوا عند حد استمداد بعض النظم منها كنظام الاعسار المدنى وملكية الأسرة وملكية الطبقات بل رجعوا اليها دائما واستوحوا منها الصياغة الفنية لكل حكم موضوعى استمدوه من المصادر آنفة الذكر فحللوا بشأن كل حكم نصوص أكثر من عشرين تقنينا أجنبيا تمت الى مجموعة التقنينات اللاتينية أو الى مجموعة التقنينات الجرمانية أو الى مجموعة التقنينات المتخيرة واختاروا من بينها جميعا الصياغة الأكثر ملاءمة ، وهكذا استطاعوا أن يوفروا للحكم الذى استمدوه من المصادر المحلية الصياغة الأنسب له التى وجدوها فى التقنينات الأجنبية والتى أثبت العمل بها مدة طويلة صلاحيتها •

وبالرغم من المزايا العظيمة لهذا التوليف بين الحكم الموضوعى المستمد من المصادر المحلية والصياغة المستوحاة من الشرائع الأجنبية التى ثبتت صلاحيتها ، فان من شأنه أن يثير مشكلة كبيرة فيما يتعلق بتفسير النصوص الجديدة • هل ينبغى للمفسر أن يبحث عن معنى النص الجديد المستمد حكمه من المصادر المحلية فى أحكام المحاكم المصرية السابقة وفى آراء فقهاء الشريعة الاسلامية أو فى عبارات النص الجديد المنقولة عن الشرائع الأجنبية مع الاستهداء فى ذلك بآراء الفقه وأحكام القضاء فى البلد الذى اقتبست الصيغة الجديدة من تشريعه •

يبين من الأعمـال التحضيرية وبخاصة من تقارير مجلس النواب ومجلس الشيوخ انها أكدت أكثر من مرة أن المشرع اذا كان قد استعار فى صياغة نصوصه عبارات مستعملة فى شرائع أخرى فان ذلك لا يعنى أبدا أنه يجب الرجوع فى تفسير هذه النصوص الى التفسير الذى فسرت به النصوص التى استمدت منها فى بلدها الأصلى • فالنصوص الجديدة تعبر فى الغالب عن أحكام مستمدة من مصادر محلية ؛ واذا كانت صياغتها استوحيت من مصادر أجنبية ، فان هذا لا ينفى أنهـا تعبر عن أحكام مصرية خالصة ومن ثم ينبغى تفسيرها تفسيرا مستقلا عن التفسير الذى أعطى لمثيلاتها فى البلاد الأجنبية • ولكن بالرغم من هذه التأكيدات يجوز لنا أن نتشكك فى امكان الاستغناء كلية فى تفسير النصوص الجديدة عن التفسير الذى أعطى للنصوص الأجنبية التى استمدت منها فى بلدها • فعندما تعرض الحاجة الى تفسير نص من نصوصنا الجـديدة ، فاننـا سنلجأ فى ذلك أولا الى الاسـتهداء بأحكام قضائنا السابق وبالفقـه الاسلامى • غير أننا كلما بعدنا عن العصر الذى تمت فيه مراجعة التقنين وصادفنا حالات جديدة مختلفة عن الحـالات التى تناولتهـا الأحكام السابقة أو آراء فقهـاء الشريعة الاسـلامية سنجد أنفسنا ملزمين أن نفسر النصوص الجديدة لا بالبحث عن نية المشرع الحقيقية عند وضعه هـذه النصوص بل بالبحث عن مدلولهـا الذاتى مع الاستهداء فى ذلك بالتفسير الذى أعطى للنصوص المـاثلة لها فى البلـد الذى نقلت عن تشريعه •

لذلك يبدو لنا أننا سنحتاج ان قريبا أو بعيدا فى تفسير نصوص تقنيننا الجديد الى الرجوع الى أحكام القضاء وآراء الفقه فى البـلاد التى نقلنا نصوصنا الجديدة عن تشريعاتها • ونرى تسهيلا لمهمة المفسر فى المستقبل أنه من المفيد انشاء معهد للقانون المقارن يكون من بين مهامه دراسة أحكام المحاكم وآراء الفقهاء فى البلاد الأجنبية •

(ثانيا) أهم الخصائص المميزة للتقنين المدنى الجديد :

يكفى من حيث الشكل أن نذكر أن التقنين الجديد تتميز نصوصه بالوضوح والدقة ، كما تتميز خطته بالبســاطة وبأنها منطقيــة • فهو يتصدره باب تمهيدى يتناول تطبيق القوانين من حيث الزمن ومن حيث المكان وبيان أركان كل علاقة قانونية وهى الأشخاص والأشياء ، ثم يشمل قسمين أساسيين ، يخصص أولهما للحقوق الشخصية (أو الالتزامات) والثانى للحقوق العينية • وليس فيه شىء عن الأحوال الشخصية لأنها كما تقدم تركت لقوانين خاصة بسبب تعدد الأديان والطوائف الدينية فى مصر •

أما من حيــث الموضــوع ، فيتميــز التقنين الجــديد بخاصتين أساسيتين : النزعة الاشتراكية أو الجمــاعية tendance socialiste والوجهة التخييرية caracére éclectique

أ ــ النزعة الاشتراكية أو الجماعية :

تسود التقنين الجــديد النزعة الاشتراكية التى ترمى الى تغليب فكرتى التضامن والاستقرار على أفكار الحرية وسلطان الارادة ، أى أنه يغلب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد ، ويرى أن من مصلحة الجماعة حماية الضعفاء ضد الأقوياء • وهو لذلك يعتبر الحقوق ــ وبخاصة حق الملكية ، ليست سلطات مطلقة مخولة لأصحابها لمصلحتهم الشخصية ، بل سلطات مخولة لهم لغاية مشتركة أو انها بعبارة أخرى وظائف اجتماعية• ومما يبرز ذلك نص أساسى ورد فى الباب التمهيدى للتقنين للدلالة على أنه يسرى على جميع أنواع الحقوق عينيــة كانت أو شخصية هو نص المادة ٥ الذى يكرس نظرية التعسف فى استعمال الحقوق بالنص على أن استعمال الحق يكون غير مشروع فى الأحوال الآتية :

(أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير •

(ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقهــا قليلة الأهمية . بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها •

(ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة •

وقد تضمن القسم الثانى من التقنين نصا آخر يعتبر تطبيقا للنص الأول هو نص المادة ٨٠٧ الذى يقضى بأن على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الغير ، وتورد المواد التالية عدة قيود على حق الملكية لصالح الملاك المجاورين أو للمصلحة العامه •

وفى مجال حق الملكية ذاته نجد عــدة مظاهر أخرى لهــذه النزعة الجماعية فى تنظيم الملكيــة الشائعة بحيث تغلب ارادة أغلبية الشركاء على ارادة أقليتهم لمصلحة حسن ادارة المال الشائع (المواد ٨٢٨ ومــا يليها) ، كما نجد نصوصا تنظم انشاء ملكية الأسرة (المواد ٨٥١ ومــا يليها) ونصوصا تنظم اتحاد مالكى الطبقات (المواد ٨٥٦ وما بعدها) وأخرى تحد من استعمال حق الشفعة (المواد ٩٣٥ وما يليها) •

وفى مجال العقود والالتزامات ، تظهر هذه النزعة الاشتراكية للتقنين الجديد فى الاكثــار من النصوص الآمرة التى تعتبر قيودا على مبــدأ سلطان الارادة وفى مراعاة مصــالح المدينين أو بوجه عام فى حمــاية الجانب الضعيف ضد الجانب القوى • ومن أمثلة ذلك :

(أ) المادة ٢/١٤٧ التى تكرس نظرية الظروف الطارئة وتســمح للقاضى بأن ينقص الى حد معقول الالتزام الذى صار مرهقا ويقضى بأن كل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا •

(ب) المادة ١٤٨ التى تخول القاضى سلطة تعديل الشروط البــاهظة التى يتضمنها عقد الاذعان واعفاء الطرف المذعن منهــا وتقضى بأن كل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا •

(ج) المادة ٢٣٠ التى تنص بصفة آمرة أيضا على أن الدائنين الذين يشتركون فى توزيع أموال المدين بعد رسو بيعها بالمزاد الجبرى لا يكون لهم فوائد تأخير عن المبالغ التى تخصهم فى التوزيع الا اذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد على الثمن الذى رسا به المزاد عليه •

(د) المادة التى نقلت الى قانون المرافعات وأصبحت فيه المادة ٤٨٩ والتى تحرم على الدائن الحاصل على تأمين عينى لدينه أن يباشر التنفيذ على أموال المدين التى لا يشملها هـذا التأمين الا اذا كـانت الأموال المخصصة لضمان الدين تقرر عدم كفايتها لضمان الدين •

(هـ) الأحكام المنظمة لحق اختصاص الدائن بأموال مدينه والأحكام القاضية بقصر هذا الاختصاص على بعض الأموال فقط (المواد ١٠٩٠ وما بعـدها) ، وهى تجيـز للمدين أن يطلب الى المحـكمة قصر حق الاختصاص على القـدر من أمواله الـذى يفى بالدين المضـمون أو بالباقى منه •

(و) المواد ٦٩٢ و ٦٩٥ و ٦٩٦ التى تكفل للعامل حقه فى آجره وتحميه ضد تعسف رب العمل •

ويلاحظ أن المشرع اذ سار فى هذا الاتجاه الاشتراكى لم يكن الا مقننا أحكاما أوجبتها التطورات الاقتصادية والاجتماعية التى سبقت الاشارة اليها • وقد التزم فى هذا السير جانب التؤدة والاعتدال ، وليس أدل على ذلك من أنه قبل أن تمضى ثلاث سنوات كاملة على بدء العمـل بهذا التقنين الجديد كانت الحوادث قد تجاوزت الحد الذى وقف عنده المشرع فيما يتعلق بتنظيم الملكية الزراعية ، وقد فطن الى ذلك نظـام الحكم الذى أنشأته حركة الجيش بقيادة اللواء محمد نجيب فى ٢٣ يوليه ١٩٥٢ ولمس المظالم الاجتماعية واختلال التوازن الاقتصادى الناشىء من سوء توزيع الملكية الزراعية ، فبدأ العهـد الجديد باصدار المرسوم بقانون رقم ١٧٨ سنة ١٩٥٢ بتاريخ ٩ سبتمبر ١٩٥٢ بقانون الاصـلاح

الزراعى • وقد توخى هذا الاصـــلاح بوجه خاص أن يصــحح توزيع الأراضى الزراعية وأن يزيل الفوارق بين الطبقات وأن يخفض أجــرة الأراضى الزراعية وثمن الأطيان وأن يحمل كبار الملاك على أن يوجهوا أموالهم للاستثمار فى انشاء الصناعات • وفى سبيل ذلك نص المرسوم بقانون على أن يكون الحد الأقصى لملكية الأطيان الزراعية مائتى فدانا ، وأن القدر الذى يملكه الشخص الواحد فيما زاد على هذا الحد تنزع منه ملكيته فى مقابل ثمن يقدر بسبعين ضعفا للضريبة العقارية يصرف للمالك سندات على الخزانة العامة ، وأن نزع الملكية سيتم تدريجيا خلال خمس سنوات ، ولن يسمح للمـــالك أن يؤجر أرضه بأجره تزيد على ســبعة أضعاف الضريبة العقارية المفروضة عليهـــا ، ويلزم بأن يدفع ضريبـــة اضافية عن القدر الزائد عن الحد الأقصى طالما لم ينزع منه تقدر بخمسة أضعاف الضريبة ، ولن يجوز له تأجير أى قدر من أرضه الا الى مستأجرها السابق ما لم يعزف عنها هذا الأخير أو يخل بالتزاماته ، ولكن يجــوز للمالك أن يزرع أرضه لحسابه وعلى نفقته أو أن يشرك آخر فى زراعتها بطريق المزارعة ، وفى هذه الحالة الأخيرة يقسم ناتج الأرض مناصفة بين المالك والمزارع ، وعلى أى حال لا يجوز أن يقل أجر العامل الزراعى عن حد معين فى كل منطقة على حدة •

يبين من ذلك أن هذا الاصلاح الزراعى ذو أهمية بالغة سواء من حيث تنظيمه أو من حيث النتائج الضـخمة التى تنتظـر منه سواء فى النـــاحية الاقتصادية أو فى الناحية الاجتمـــاعية ، وانه يشكل الغـــاية القصوى للنزعة الاشتراكية التى بدأت تظهر رويدا رويدا فى أحـكام المحاكم المصرية والتى كرس التقنين الجديد خطواتها الأولى • وهو ان دل على شىء فانما يدل على أن واضعى التقنين الجديد لم يسرعوا الخطى بل كان سيرهم فى طريق الاشتراكية وئيدا ، متبعين فيه جانب الحكمة والحذر •

(ثانيا) الوجهـة التخييرية :

اقتناعا من واضعى التقنين الجديد بعيوب النزعة الذاتية التى قام على أساسها التقنينان السـابقان اقتباسا من التقنين الفرنسى وسائر التقنينات اللاتينية ، فقـد حاولوا تفادى عيوب هـذه النزعة وعـلاج مساوئها بالالتجاء للأخذ بقدر معين بالنزعة المادية التى استمدوها من الفقه الاسلامى والتى تصادف من جهة أخرى مطابقتها لأحدث التقنينات المتطورة وبخاصة التقنينات التى تنتمى الى أصل القانون الجرمانى • فلا يسوغ القول بأن التقنين الجديد قد استبدل النزعة المادية بالنزعة الذاتية كلية ؛ فهو على النقيض من ذلك قد ألف بين النزعتين فى مزاج تخييرى يوائم حاجات البلد ، بل الأدق أن يقال انه حافظ على بقائه فى مسيرة القوانين اللاتينية مع اقتباسه فقط بعض التعديلات التى أخذها من الفقه الاسلامى ومن القانون الجرمانى ؛ وهى تعديلات كانت الحاجة اليها ظهرت من قبل فى أحكام المحاكم الفرنسية نفسها وأخذت بها فعلا أحدث التقنينات الأجنبية كتقنين الالتزامات البولونى والتقنين المدنى الايطالى •

وبعبارة أخرى فان التقنين الجديد يمكن القول باستمرار انتسابه الى مجموعة التقنينات اللاتينية المتطورة مع اعتناقه بعض النظـريات المادية بالقدر اللازم لضمان الأمن والاستقرار فى المعاملات •

وآية ذلك أنه ظل يعتبر اتفاق الطرفين ركنا ضروريا لتكوين العقد . ولكنه يعطى قيمة خاصة للتعبير عن الارادة ، فالتعبير وان كان ليس الا الثوب الذى تلبسه الارادة ، لكنه متى صدر فانه يستقل عن الارادة ويسير فى طريقه نحو هدفه ولو مات من أصدره أو انعدمت أهليته قبل أن يصل التعبير الى من وجه اليه (المادة ٩٢) • ومع ذلك فالارادة تبقى هى العنصر الأساسى فى تكوين العقـد ويجب أن تتجـرد من كل عيب يشوبها والا كانت قابلة للابطال •

فى التقنينات ذات النزعة الذاتية . تعرض هـذه القاعدة الأخيرة المتعاقد مع الطرف الذى يتمسك بعيب شاب ارادته الى مفاجآت غير سارة • والتقنين الجديد يعالج ذلك بأن يشترط لابطال العقد بسبب عيب شاب رضا طالب الابطال أن يكون العاقد الآخر قد علم بوجود هـذا العيب أو كان على الأقل من السهل عليه أن يتبينه ، والا فلا يعتد بالعيب الذى شاب الارادة الباطنة ويتعين الوقوف عند حـد الارادة المعلنـة (المواد ١٢٠ وما بعدها) •

وفيما يتعلق بتفسير العقود تنص المادة ١٥٠/٢ على أنه « اذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفـاظ مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل . وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وذلك وفقا للعرف الجارى فى المعاملات » ، وهى قاطعة فى أن التفسير يجب أن يتوخى الوصول الى التعرف على الارادة الباطنة ولكن باتباع معايير موضوعية كطبيعة التعامل والأمانة والثقة الواجب توافرهما بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى •

ان استعمال المعايير الموضوعية يكفل استقرار التعامل ولذلك كثيرا ما يوجبه التقنين الجديد . من ذلك معيار رب الأسرة المعنى بأموره الذى نص عليه فى المواد ٢١١ و ٥٢١ و ٥٨٣ و ٦١١ و ٦٨٥ الخ ، ومعيار عدم التعادل البتة بين التزامات المتعاقدين (فى المادة ١٢٩) ومعيار الحوادث الاستثنائية العامة غير المتوقعة (فى المادة ١٤٧/٢ المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة) •

ولا يصح أن يستنبط من كون التقنين الجـديد يعتمـد على معايير موضوعية انه يضع قواعد جامدة واجبة التطبيق آليا ، بل على النقيض من ذلك فان تلك المعـايير هى أقرب الى المعـايير المرنة standards Jiuridigues منها الى المعايير الجـامدة règles rigides ، فهى تترك للقاضى سلطة تقـديرية واسعة وتتيح له من هـذا الطـريق فرصة

واسعة لتطوير القانون . ومثال ذلك أن المــادة ١٢١ بعــد أن قررت أن الغلط الذى يفسد الرضا يجب أن يكون جوهريا أوضحت أن الغلط يكون جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث كان يمتنع معه العاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط ، فيكون للقاضى فى كل حالة أن يقدر مــا اذا كان الغلط بلغ هذا الحد من الجسامة أو لم يبلغها .

وفيمــا يتعلق بالمسئولية المدنية استبقى التقنين الجــديد الخطأ كأساس للمسئولية وفقا للنظرية الشخصية للالتزام ، ولكنه أفسح الى جانبها مكانا للمسئولية المادية ، فنص فى المادة ١٦٤ فقرة ثانية على أنه : « ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منــه الضرر بتعويض عادل مراعيــا فى ذلك مركــز الخصوم » .

وكذلك نص فى المادة ١٧٨ منه على أن « كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كــان بسبب أجنبى لا يد له فيه . هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من حكام خاصة .

وظاهر أن المسئولية فى هاتين الحالتين مسئولية تقوم دون خطأ .

وقد أخذ التقنين الجديد فى شأن المسئولية المدنية كما أخذ فى شأن العقــود بمعايير مادية مرنة كمعيار الشخص الــذى يكون فى حاجة الى رقابة (فى المادة ١٧٣ التى تقرر مسئولية المرء عن فعل الغير) ومعيــار الشىء الذى يحتاج الى حراسة خاصة (فى المادة ١٧٨ التى تقرر مسئولية المرء عن فعل الأشياء التى تكون فى حراسته) . ويمكن أن نشير فى هذا الصدد أيضا الى معيار التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر حيث تنص المادة ٢٢١ على أنه يجب لكى يعتبر الضرر مباشرا أن يكون

نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير فى وفائه . وتقرر الفقرة الأولى من هذه المادة أن النتيجة الطبيعية فى هذا الصدد تشمل الضرر الذى لم يكن فى وسع الدائن عقلا أن يتفاداه ، وتعول الفقرة الثانية من المادة ذاتها فى قصرها التعويض فى المسئولية العقدية على مثل هذا المعيار حيث تقصر التزام المدين بالتعويض على الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

هاتان هما الخاصتان الهامتان اللتان تميزان التقنين المدنى المصرى الجديد وتسمحان من جهة باعتباره نتاجا طبيعيا للتحولات الأيديولوجية والاقتصادية والاجتماعية التى طرأت على البلاد ومن جهة أخرى باعتباره منطويا على قدر كبير من المرونة يتيح تطور القانون فى المستقبل وفقا لمتطلبات التطورات المستقبلة .

مستقبل التقنين المدنى المصرى الجديد والدور المؤهل لأن يلعبه فى بلاد الشرق الأدنى :

فى اعتقادنا أن التقنين المدنى المصرى الجديد تتوافر فيه العناصر التى تكفل له استمرارا طويلا ونجاحا كبيرا ، فهو فوق اعتماده على الكثير من المعايير المرنة واعطائه القاضى سلطة واسعة تتيح له تنويع الأحكام لتلائم مختلف الصور التى تعرض عليه ، قد ادخر له معينا لاينضب من الأحكام بنصه على أن مبادىء الشريعة الاسلامية تعتبر مصدرا رسميا احتياطيا للأحكام يلى التشريع والعرف ولكنه يسبق مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، فتنص المادة الأولى منه فى فقرتها الثانية على أنه : « فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

وبناء على ذلك يكون لدى القاضى مصــدر رسمى احتيــاطى غنى بالأحكام ، يتعين عليه أن يلجأ اليه لسد ما يظهر له من ثغرات فى التقنين. وفى اعتقادنا أنه يجب لتيسير مهمة القاضى فى ذلك أن تنال دراسات الفقه الاسلامى وفقا لأساليب القانون المقارن الحديثة نصيبا وافرا ولا سيما أن تعدد مذاهبه يوجب دراستها دراسة مقارنة لامكان استخلاص أكثــر الآراء فيها ملاءمة لحاجات عصرنا .

ولا شك فى أن اعتماد الفقه الاسلامى كمصــدر رسمى احتياطى لقانوننا من شأنه أن يعزز خاصية هذا القانون بزيادة نصيبه من الأحكام التى نشأت فى رحاب الحضارة الاسلامية وفى بلاد الشرق الأدنى ويساعد على زيادة اشعاعه فى هذه البلاد التى لم تعرف لها قانونا غير الشريعة الاسلامية خلال قرون طويلة .

وقد بدأ بالفعل هذا الاشعاع للقانون الجديد من قبل العمل به فى مصر ، فقد نقلت عنه سوريا تقنينها المدنى الجديد نقلا يكاد يكون حرفيا فيما عدا أحكام الاثبات ، لأنها كانت قد أصدرت قبل سنوات قليلة قانونا خاصا بأحكام الاثبــات ، ولا شك فى أن التقنين المدنى السورى الــذى أصدر وعمل به فى سنة ١٩٤٩ سيكون أداة وصل قويه بين البلدين . وكذلك العراق قد وضع تقنينه المدنى الذى أصدره فى العام الماضى على مثال التقنين المدنى المصرى ، ولو أن واضعه زاد فيما اقتبسه من الشريعة الاسلامية عما فعله المشرع المصرى ، ولكن الفروق بين هذين التقنينين قليلة الأهمية ، فبعضهــا يتعلق بالصياغة حيث فضل المشرع العــراقى أحيانا صياغة مستمدة من الشريعة الاســلامية على الصياغة المستوحاة من القوانين الغربية . أما الفروق التى تتعلق بموضوع الأحكام فترجع فى الغــالب الى أن التقنين العراقى نظم بعض مســائل تفصيلية لم ير التقنين المصرى داعيا لتنظيمها ، وقد استمد القانون العراقى أحكامهــا من الشريعة الاسلامية ، فاذا عرضت مثل هذه المسائل التفصيلية على القاضى المصرى ولم يجد لها حكما فى تقنينه ، فيكون فى وسعه أن يستلهم

الفقه الاسلامى وأن يستنبط منه فى شأنها مثل الأحكام التى نص عليهـــا التقنين العراقى بنصوص خاصة •

وهكذا يبين كيف أن التقنين المدنى المصرى الجديد مكملا بمبادىء الشريعة الاسلامية يستطيع أن يلعب دورا مؤثرا فى التقريب بين شرائع مختلف بلاد الشرق الأدنى وتوحيدها •

الاقتراحـــات :

لقد اقترحنا فيما تقدم انشاء معهـــد أو مركز لدراسات القـــانون المقارن بهدف تيسير دراسة أحكام القضاء وآراء الفقه فى البلاد الغربية التى استمد المشرع المصرى من شرائعها صياغة بعض نصوص تقنينـــا المدنى الجديد • وفى رأينا أن هذا المعهد أو المركز تكون مهمته الأساسية تشجيع دراسات القانون المقارن وتبادل الوثائق المتعلقة بهذه الدراسات بين الدول المعنية •

وبعد استعراض ما تقدم نستطيع أن نكمل اقتراحنا بجعل المعهـــد أو المركز المقترح يشمل ثلاثة أقسام : أولها يضطلع بالمهمة سالفة البيان ، والثانى يختص بالدراسة المقارنة لمختلف مذاهب الفقه الاسلامى ، والثالث تكون مهمته استثمار دراسات القسمين الأولين بالتقريب بينها فى دراسة شرائع مختلف بلاد الشرق الأدنى بمقارنتها من جهـــة بشرائع البـــلاد الغربية ومن جهة أخرى بالشريعة الاسلامية •

ونرى أن مصر ، سواء لموقعها الجغرافى أو لصلة قانونها الوثيقة بقوانين البلاد العربية وبالشريعة الاسلامية أو لعلاقاتها المستمرة منذ القدم ببلاد الشرق الأدنى ، هى المهيأة لقيام مثل المعهد أو المركز المقترح فيها ، وبخاصة فى مدينة القاهرة بالذات التى توجد بها جامعتان حديثتان بالاضافة الى الجامعة الاسلامية العتيدة جامعة الأزهر الشريف •

بعض ملاحظـات واقتراحات متعلقة بنصوص التقنين المدنى
بمناسبة توحيد القانونين المصرى والسورى (*)

يسير العمل حثيثا فى توحيد القانونين المصرى والسورى ، منطبعا بطابع العهد الجـديد ، طابع الانجاز السريع فى غير تردد ولا اضـاعة للوقت فى الكلام الكثير ، بحيث صار العمل يسـابق العاملين ، ويوجب عليهم المبادرة واختصار الطرق والايجاز فى القول .

لذلك رأينا أن نضع تحت نظر القائمين بتوحيد القانونين المدنيين بعض الملاحظات المتعلقة بنصوصهما الحالية وما تقتضيه هذه الملاحظات من تعديلات بسيطة يكاد أن لا يختلف فى شأن الكثير منها رجال القانون ، متجنبين اقتراح التعديلات الجوهرية التى يتطلب بحثها دراسة طويلة أو تتباين فى شأنها وجهات النظر تباينا كبيرا ، لأننـا نرى أن ضرورة الاسراع فى انجاز توحيد القانونين لا تسمح بالوقوف طويلا عند هذه المسائل الأخيرة ، فيتعين ارجاؤها الى فرصة أوسع .

وتمشيا مع طابع العصر ، سنوجز القول غاية الايجـاز ، فنكتفى بابداء الملاحظة أو الاقتراح مع بيان سببه فى كلمة واحدة والاحالة فى تفصيل أسبابه الى دراساتنا السابقة المنشورة .

وهاك بيان هذه الملاحظات والاقتراحات :

(*) نشرت بمجلة القـانون والاقتصاد السنة التاسـعة والعشرون سنة ١٩٥٩ .

١ — فى المادة ١٣٩ مصرى / ١٤٠ سورى :

تحذف الفقرة الثانية التى تنص على أن « تستند الاجازة الى التاريخ الذى تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير » أو على الأقل عبارة « دون اخلال بحقوق الغير » ، وذلك لأن اجازة العقد القابل للابطال لا تضيف الى هذا العقد ولا الى آثاره التى كان ينتجها قبلها شيئا ، فلا محل للقول باستنادها الى الماضى ولا للتحفظ الوارد فى النص بشأن حقوق الغير .

(يراجع كتابنا فى نظرية العقد سنة ١٩٥٦ ص ٣١٥ و ٣١٦) .

٢ — فى المادة ١٦٩ مصرى / ١٧٠ سورى :

يحسن أن يستعاض عن عبارة « وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى » بعبارة « وتكون المسئولية فيما بين الشركاء فى العمل الضار بالتساوى » ؛ وذلك لاستبعاد توزيع المسئولية بين المسئول الأصلى والمسئول عن فعل غيره » .

(يراجع فى ذلك كتابنا فى مصادر الالتزام طبعة سنة ١٩٥٩ نبذة ٤٥٠ ص ٥٩٦) .

٣ — فى المادة ٢١٥ / ٢١٦ :

تستبدل بعبارة « اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا ... » عبارة « اذا كان جبر المدين على تنفيذ التزامه عينا غير ممكن أو غير مجد » ؛ لأن التنفيذ بطريق التعويض لا يقتصر على حالة استحالة التنفيذ العينى .

(يراجع أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ٧٤) .

٤ — فى المادة ٢٢٢ / ٢٢٣ فقرة أولى :

تحذف منها عبارة « ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » ؛ حتى يسوى بين تعويض الضرر الأدبى وتعويض الضرر المادى .

(يراجع كتابنا فى الفعل الضار نبذة ٣١) .

٥ — فى المادة ٢٢٧ / ٢٢٨ فقرة ثانية :

يستبدل بعبارة « ولا منفعة مشروعة » الواردة فى نهاية المادة عبارة « ولا نفقة مشروعة » كما ورد فى مرسوم سنة ١٩٣٨ الذى اقتبست منه هذه المادة .

(يراجع أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ١٠٨ ص ١٥٦) .

٦ — فى المادة ٢٣١ / ٢٣٢ :

يستبدل فى نهايتها بعبارة « بسوء نية » عبارة « بغش منه أو بخطأ جسيم » لضرورة التنسيق بينها وبين نص المادة ٢٢٥ / ٢٢٦ .

(يراجع كتابنا فى أحكام الالتزام نبذة ١١٨ ص ١٦٩) .

٧ — فى المادتين ٢٤٤ / ٢٤٥ و ٢٤٥ / ٢٤٦ :

يستبدل بهما النص الآتى :

(١) اذا ستر العاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر أنتج العقد الحقيقى آثاره لا العقد الظاهر .

(٢) غير أنه يجوز للغير الذى بنى تعامله بحسن نية على أساس العقد الظاهر أن يتمسك بهذا العقد .

وذلك تفاديا للبس والتعقيـد والأخطـاء التى تشوب النصوص الحالية •

(يراجع أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ١٨٣ وما بعدها) •

٨ ــ فى المادة ٢٤٦ / ٢٤٧ :

يضاف فى الفقرة الأولى عبارة « مستحق الأداء » كى تصبح هكذا « لكل من التـزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مستحق الأداء ، مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقم بتقـديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » •

وذلك لضرورة تعليق حق الحبس على حلول دين من يريد استعمال هذا الحق •

٩ ــ فى المادة ٢٤٨ / ٢٤٩ فقرة ثانية :

يضاف بعد عبارة « أن يطلب استرداده » عبارة « ممن يحـوزه بحسن نية » لأن تقييد حق الاسترداد بوجوب استعماله فى المدة المذكورة لا محل له الا للاسترداد من الحائز حسن النية • أما استرداد الشىء من مغتصبه أو من سارقه فلا يصح أن يقيد بمثل هذه المدة القصيرة •

١٠ ــ فى المادة ٢٧٠ / ٢٧٠ :

تحذف الفقرة الثانية لعدم الحاجة اليها عندنا •

(أنظر كتابنا فى أحكام الالتزام نبذة ٢٥٤ ص ٣٥٣) •

١١ ــ فى المادة ٣٩٩ مصرى / ١٩ بينات سورى :

تعدل الفقرة الأولى كما يأتى :

« ١ — التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المــدين يكون حجة على الدائن الى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن موقعا منه اذا كان هذا التأشير بخط الدائن أو كان السند لم يخرج قط من حيازته » .

(يراجع أصول الاثبات سنة ١٩٥٢ ص ١٥٢ هامش ١) .

١٢ — فى المادة ٤٠٩ فقرة أولى / ١٠٠ بينات سورى :

ورد فى المادة ٤٠٩ مصرى أن « الاقرار حجة قاطعة على المقر » .

وورد فى المادة ١٠٠ بينات سورى أن « الاقرار حجة قاصرة على المقر » . والمقصود هو ما ورد فى النص المصرى وقد سبق أن وقع فيه خطأ عند نشر القانون لأول مرة فى الوقائع المصرية ، ثم صحح عند طبع القانون فى الكتاب الذى أصدرته وزارة العدل المصرية (أصول الاثبات طبعة سنة ١٩٥٢ ص ١٧٠ هامش ٣) .

١٣ — فى المادة ٤٠٩ فقرة ثانية مصرى / ١٠١ بينات سورى :

تعدل كما يأتى :

« ولا يتجزأ الاقرار على صاحبه اذا انصب على وقائع متعددة الا اذا كان وجود الوقائع المضافة لا يستلزم حتما وجود الواقعة المدعاة » .

(يراجع كتابنا فى موجز الاثبات سنة ١٩٥٧ ص ١٣٦) .

١٤ — فى المادة ٤٥٨ / ٤٣٦ فقرة اولى :

يقترح الاستعاضة عن عبارة « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشترى أو اذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ... » بالعبارة الآتية :

« لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن بعد حلول أجله الا اذا أعذر المشترى أو اذا كان الشىء المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ... » .

وذلك حتى لا تستحق الفوائد عن الثمن المؤجل فى الحالة التى يكون فيها المبيع قابلا لأن ينتج ثمرات ، وحتى تسرى الفوائد فى هذه الحالة الأخيرة من وقت العقد لا من وقت تسليم المبيع فحسب ، طالما أن المشترى يستحق ثمار المبيع من وقت العقد وفقا للمادة ٤٥٨/٤٢٦ فقرة ثانية .

(أنظر موجز البيع والايجار سنة ١٩٥٨ نبذة ٢٧٤) .

١٥ ــ فى المادة ٥٩٥ / ٥٦٢ :

يستعاض عن نصها بما يأتى :

« فى حالة التنازل عن الايجار يبقى المستأجر ملزما بعقده قبل المؤجر فوق التزام المتنازل اليه بذلك » .

وذلك لأن المستأجر الأصلى يكون ملتزما بدين شخصى لا بصفته ضامنا فقط .

(أنظر شرح عقد الايجار طبعة سنة ١٩٥٤ نبذة ٢٥٨) .

١٦ ــ فى المادتين ٦١٥ / ٥٨٢ و ٦١٦ / ٥٨٤ فقرة أولى :

يستعاض عن عبارة « بسبب قوة قاهرة » بعبــارة « دون خطأ منه » .

وذلك لأن المقام ليس استحالة التزام المستأجر بالأجرة . بل هو مقام اسقاط الأجرة عنه لفوات المنفعة عليه دون خطأ منه .

١٧ — فى المادتين ٦٣١ / ٥٩٨ و ٦٣٢ / ٥٩٩ :

تنقل الفقرة الثانية من المادة الثانية كفقرة ثانية فى المادة الأولى . لأن هذا هو وضعها الصحيح كما تدل على ذلك الأعمال التحضيرية وقد تغير موضعها خطأ دون أن يلتفت اليه .

(أنظر شرح عقد الايجار طبعة سنة ١٩٥٤ نبذة ٣٢٢) .

١٨ — فى المادة ٦٧٦ / ٦٤٢ فقرة أولى :

تضاف « و » بين التجاريين والجوابين فتكون كذلك « والممثلين التجاريين والجوابين » .

(أنظر المدخل للعلوم القانونية طبعة سنة ١٩٥٧ نبذة ١٣٠) .

١٩ — فى المادة ٦٩٦ / ٦٦٢ فقرة ثانية :

يستعاض عن عبارة « عملا تعسفيا بطريق غير مباشر » بعبارة « فصلا تعسفيا بطريق غير مباشر » .

كما يستفاد ذلك من الأعمال التحضيرية .

٢٠ — فى المادتين ٧٩٩ / ٧٦٥ و ٨٠٠ / ٧٦٦ :

تقدم المادة ٨٠٠ / ٧٦٦ على المادة ٧٩٩ / ٧٦٥ لأنها متعلقة بالدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين وهى التى يلزم فيها أن يكون الكفيل قد أخطر المدين قبل الوفاء طبقا للمادة ٧٩٨ / ٧٦٤ ، أما دعوى الحلول التى نص عليها فى المادة ٧٩٩ / ٧٦٥ فلا يشترط فيها أن يكون الكفيل قد أخطر المدين قبل الوفاء .

(يراجع كتابنا فى عقد الكفالة نبذة ١٠٢) .

٢١ — فى المادة ٩١٦ فقرة ثانية / ٨٧٧ فقرة ثانية :

تحذف عبارة « ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا » .

وذلك لتناقضها مع صــدر الفقرة الــذى يقول « وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت » •

(يراجع أصول الاثبات طبعة سنة ١٩٥٢ هامش ص ٩٩) •

٢ ــ فى المادة ٩٦٨ / ٩١٧ :

يستبدل بعبارة « أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار » عبــارة « أو حاز حقا عينيا أصليا أو حق رهن حيازى على منقول أو عقار ••• » وذلك لاستبعاد الحقوق العينية التبعية غير الرهن الحيازى من حــكم التقادم المكسب •

٢٣ ــ فى المادة ١٠٤٦ فقرة أولى مصرى :

يضاف فى نهاية الفقرة الأولى عبارة « أو كانت لمدة لا تجاوز سنة واحدة » •

وذلك حتى يتسق حكمها مع نص المادة ٦٢٤ مرافعات التى تقضى بأنه اذا لم تكن المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها على الأشخاص المشار اليهم فيها الا لمــدة سنة •

(يراجع كتاب التأمينات العينية نبذة ٨٧) •

٢٤ ــ فى المادة ١٠٦٥ مصرى :

يحدد الحد الأدنى لما يجب أن يعرضه الحائز اذ لا يوجد فى القانون قيمة تتخذ أساسا لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية ، وذلك اما بالاحــالة على المادة ٣١ مرافعات مصرى ، واما بالنص على أن القيمة التى يعرضها

الحائز يجب أن لا تقل عن ٦٠ مثلا لضريبة الأطيان الزراعية أو ١٨٠ مثلا لضريبة المبانى .

(يراجع كتاب التأمينات العينية نبذة ١٦٤) .

٢٥ — فى المادة ١٠٧٢ مصرى :

تحذف من صدرها عبارة « أو يتخلى عن هذا العقار » وذلك لدفع شبهة امكان التخلية قبل انذار الحائز .

٣٦ — فى المادة ١٠٨٨ مصرى :

تعدل هكذا « لا يجوز أخذ حق الاختصاص الا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت أخذ هذا الحق » .

(يراجع كتاب التأمينات العينية نبذة ٢٠٩) .

٣٧ — فى المادتين ١١٠٠ و ١١١٣ مصرى :

ينبغى للتنسيق بينهما تعديل المادة ١١١٣ فقرة (أ) على الوجه الآتى :

« اذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية فى ابراء ذمة المدين من الدين . ويعتبر الدائن نازلا ضمنا عن حقه بمجرد تخليه باختياره عن الشىء المرهون أو موافقته على التصرف فيه دون تحفظ ، ما لم يثبت عكس ذلك ، على أنه اذا كان الرهن مثقلا ... » .

وذلك لأن المادة ١١٠٠ تنشىء قرينة قانونية على نزول الدائن عن الرهن . أما النص الحالى للمادة ١١١٣ فيخول للقاضى فقط أن يستنبط نزول الدائن عن الرهن بموجب قرينة قضائية ، فيلزم التنسيق بينهما .

(أنظر التأمينات العينية نبذة ٢٦٠) .

٢٨ — فى المادة ١١١٠ فقرة أولى مصرى :

تحذف منها العبارة الأخيرة التى تقول « دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون » حتى يتسق حكمها مع المواد التى تقرر أن البيع الجبرى يطهر العقار من كل حق مقيد كالمادة ١٠٧٥ .
(أنظر التأمينات العينية نبذة ٣٠٤) .

٢٩ — فى المادة ١١٤١ جـ مصرى :

تستبدل بكلمة « لأقاربه » عبارة « لزوجه وأقاربه » حتى يتقرر الامتياز لنفقة الزوجة أسوة بنفقة الأقارب وهى أولى منهم بالامتياز .

(يراجع كتاب التأمينات العينية نبذة ٣٤٨) .

٣٠ — فى المادة ٤٣ من قانون الشهر العقارى :

يقترح تعديلها كما يأتى :

« يجوز تجديد القيد كل عشر سنوات . فاذا أجرى التجديد بعد انقضاء هذه المدة ، فلا تحسب مرتبة الرهن الا من تاريخ اجراء التجديد بالنسبة الى الغير الذى كسب حقا حينيا على العقار فى المدة ما بين انقضاء عشر السنوات واجراء التجديد وقام بشهر هذا الحق قبل تجديد القيد . أما بالنسبة الى أصحاب الحقوق العينية الأخرى ، فتبقى مرتبة الرهن محسوبة من تاريخ اجراء القيد الأصلى » .

(أنظر المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى جـ ٤ ص ٢٩٧ ، وكتابنا فى التأمينات العينية هامش نبذة ١١٠) .

واللى ولى التوفيق .

سليمان مرقس

القــانون المدنى العربى الموحــد (*)

(الأمل وكيفيــة تحقيقه)

١ — ايماء الى القرارات الصادرة من مجلس جامعة الدول العربية أرقام ٢١٠٠ و ٣٠٩٤ و ٣١٥٦ بالموافقة على تشكيل لجنة من خبراء قانونيين لوضع مشروع قانون مدنى موحد للدول العربية الأعضاء ، وبنــاء على رغبة الأمانة العامة لجامعة الدول العربية فى اعــداد ورقة عمل تعرض على لجنة الخبراء المشار اليها وتبين فيها الاتجاهات التشريعية فى نطاق القانون المدنى فى مختلف الدول العربية ونصيب الفقه الاسلامى فى هذه الاتجاهات باعتباره المصدر الأساسى لجميع التشريعات بالدول العربية بل المصدر الوحيد للبعض منها ، وكيفية التوفيق بين الاتجاهات المختلفة فى هذا الشأن ، وما يعترض ذلك من عقبات وسبل تذليلها . واقتراح خطة العمل فى ذلك . أتشرف بأن أتناول هذه المسائل فيما يلى مسترشدا فى ذلك بالبحث القيم الذى وضعه فى هذا الشأن فقيه العروبة المعــاصر العلامة الراحل الدكتور عبد الرزاق السنهورى بعنوان « القانون المدنى العربى » (منشور فى مجلة القضاء العراقية العددان الأول والثانى لسنة ١٩٦٢ ومنه مستلة منشورة على حــدة فى سنة ١٩٦٥) ، بالإضافة الى

(*) تقرير وضع بتكليف من مجلس جامعة الدول العربية لعرضه كورقة عمل على لجنة خبراء توحيد القانون المدنى فى الدول أعضاء الجامعة التى قرر مجلس الجامعة بتشكيلها لهذا الغرض بموجب قراره رقم ٣١٥٩ الصادر بتاريخ ١٩٧٤/٤/١٣ . وقد نشر فى مجلة التشريع والقضاء التى تصدرها وزارة العدل التونسية فى العدد العاشر من السنة السادسة عشرة من المجلة (ديسمبر ١٩٧٤ ص ٧٦٥ وما بعــدها) ، ثم نشر مرة أخرى فى مجــلة « القضاء » التى تصدرها نقابة المحــامين فى الجمهورية العراقية السـنة الحادية والثلاثون سنة ١٩٧٦ العدد الرابع ص ٢٥ وما بعدها .

بحثيه السابقين المنشور أولهما بمجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة العدد الأول بعنوان « وجوب تنقيح القـــانون المدنى المصرى وعلى أى أساس يكون هذا التنقيح » ، وثانيهما بالمجلة ذاتها السنة الثانية عشرة العددان الرابع والخامس بعنوان « مشروع تنقيح القانون المدنى » •

٢ — وسأتناولها بالترتيب الآتى :

(أ) تصنيف دول الجامعة من حيث وضع القانون المدنى فيهـــا فى الوقت الحالى وبيان تاريخ القانون المعمول به فى كل منها وخصائصه •

(ب) استخلاص اتجاه عام يمكن أن يكون أساسا لتوحيد القـــانون المدنى فى هذه الدول •

(ج) ضرورة التزام هذا الاتجاه العام فى وضع التقنين العربى الموحد ومتطلباتها ومدى ما يمكن تحقيقه فى هذا الاتجاه فى المرحلة الحالية •

(د) أسلوب العمل المقترح :

الفصل الأول

تصنيف دول الجامعة من حيث وضع القانون المدنى فيها فى الوقت الحالى وبيان تاريخ القانون المدنى المعمول به فى كل منها وخصائصه

٣ — يقصد بالقانون المدنى فى البلاد العربية قانون المعاملات فحسب ، خلافا لمدلوله فى البلاد الغربية حيث يشمل القانون المدنى هناك فوق أحكام المعاملات الأحكام التى تنظم الأسرة أو قواعد الأحوال الشخصية .

والسبب فى ذلك أن نظام الأسرة وثيق الاتصال بقواعد الدين التى تبين الحلال والحرام فى العلاقات الأسرية ، فرؤى فى البلاد العربية أن يترك أمره الى هذه القواعد ، ولا سيما أن الدين الاسلامى وهو دين الأغلبية الكبرى فى هذه البلاد قد تضمن تنظيما كاملا لهذا النوع من العلاقات ، وأن ديانات الأقليات المختلفة قد تضمنت هى أيضا فى هذا الشأن تنظيمات أخرى مختلفة فيما بينها ومغايرة فى بعض أحكامها لأحكام الدين الاسلامى ، فصار من المتواضع عليه من قديم فى أغلب البلاد العربية تقريبا ترك تنظيم الأحوال الشخصية للأحكام الدينية أو الملية أو المذهبية وما تفرع عليها من فقه قام على أساسها .

وبالرغم من أن كثيرا من البلاد العربية رأت تقنين هذه القواعد المستمدة من الدين كلها أو بعضها فى تشريعات حديثة وضعية وجعلت بعض هذه التشريعات (كالتشريعات المتعلقة بالأهلية والوصية والقوامة أو بالمواريث والوصية) عامة التطبيق على جميع مواطنيها بقطع النظر عن اختلاف دياناتهم ، فانها وبخاصة تلك التى اتخذت لها قانونا مدنيا حديثا لم تر تضمينه تلك التشريعات ، بل أبقتها خارجا عنه فى تشريعات

خاصة قائمة بذاتهـا ، ومن أمثلة ذلك فى مصر القانون رقم ٧٢ لسـنة ١٩٤٣ فى شأن أحكام المواريث والقانون رقم ٧١ لسـنة ١٩٤٦ فى شأن الوصية والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فى شأن الوقف والقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال ، وفى تونس الأمر الصادر بتاريخ ١٧ أغسطس ١٩٥٦ باصدار مجلة الأحوال الشخصية ، والأمر رقم ٨٣ لسنة ١٩٥٧ بالغاء نظام الأحبـاس الخاصة والمشتركة ، وفى العـراق القـانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٣٩ الخـاص بادارة الأوقاف ، وفى سوريا المرسوم التشريعى رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٩ بالغاء الوقف الذرى والمشـترك وحل الأوقاف الذرية والمشتركة وتصفيتها .

وعلى هذا فالمستقر حتى الآن فى جميع البلاد العربية أن القـانون المدنى يقتصر على قواعد المعاملات ولا يشمل قواعـد نظام الأسرة أو الأحوال الشخصية .

٤ — وتنقسم البلاد العربية من حيث وضع القانون المدنى فيها فى الوقت الحالى ثلاث مجموعات أصلية تضم الأخيرة منها ثلاث طوائف فرعية :

(أ) فالمجموعة الأولى تشمل البـلاد التى ليس لهـا قانون مدنى مسطور : وهى المملكة العربية السعودية ، وتطبق الفقـه الاسلامى فى مذهب الوهابيين وهو فرع من المذهب الحنبلى .

(ب) اليمن وتطبق الفقه الاسلامى فى مذهب الزيدية : وهو مذهب شيعى قريب من المذهب الحنفى (يراجع السـنهورى فى مستلة مجـلة القضاء العراقية سالفة الذكر ص ٨) .

(جـ) أكثر بلاد اتحـاد الامارات العربيـة ، وهى باستثناء بعض التشريعات الخاصة بأنواع معينة من قواعد المعاملات كقانون المسئولية التقصيرية لعام ١٩٦٨ فى أبو ظبى ، تطبق مبادىء الشريعة الاسلامية دون الاعتماد على أى تقنين لها .

والمجموعة الثانية تشمل البلاد التى تطبق فى مجال المعاملات تقنينا للشريعة الاسلامية وفقا للمذهب الحنفى أصدرته الدولة العثمانية فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر تحت اسم « مجلة الأحكام العدلية » وسرى فى أكثر البلاد العربية التى دخلت تحت الحكم العثمانى ، وقد تقلصت هذه المجموعة تدريجيا بعد انهيار الدولة العثمانية ، وهى تكاد لا تشمل فى الوقت الحاضر سوى الأردن وفلسطين . أما البلاد الأخرى التى كانت تضمها هذه المجموعة فقد انتقلت منها الى المجموعة الثالثة .

وتشمل المجموعة الثالثة البلاد التى كانت تطبق فى المعاملات ؛ مجلة الأحكام العدلية سالفة الذكر الى عهد قريب نسبيا ، ثم اتخذت لها قانونا مدنيا حديثا على نسق التقنين المدنى الفرنسى أو القانون الغربى بوجه عام مع تفاوت فيما بينها فى مدى استلهامها اياه وفى مدى الجمع بين أحكامه وأحكام الفقه الاسلامى .

وهذه المجموعة تنقسم بدورها الى ثلاث طوائف فرعية :

الأولى أكثرها استلهاما للقانون المدنى الفرنسى (بما فيه اجتهادات الفقه والقضاء الفرنسيين) مع الأخذ بقدر قليل من أحكام الفقه الاسلامى وتشمل الجزائر ولبنان ، وكانت مصر تعد من هذه الطائفة فى ظل تقنينها المدنى السابق الذى ألغى وحل محله تقنينها الحالى اعتبارا من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ .

والثانية لم تقتصر على استلهام القانون المدنى الفرنسى وحده من بين القوانين الغربية بل تخيرت منها جميعها أصلحها لها وزادت مقدار ما أخذته من الفقه الاسلامى ، وتشمل تونس والمغرب ومصر وليبيا والسودان (فى تقنينه المدنى الصادر بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١) .

والثالثة عمدت الى زيادة مقدار ما تأخذه عن الفقه الاسلامى الى جانب استلهامها القانون الغربى من طريق ما تخيره التقنين المدنى المصرى الحالى ، وتشمل العراق .

وتجدر الاشارة هنا الى طائفة رابعة كانت تشمل السودان الى حين صدور تقنينه المدنى بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١ سالف الذكر وكـانت تطبق فيها على المعاملات أحكام القانون الانجليزى غير المكتوبة •

٥ ــ ونعرض فيما يلى موجزا لتاريخ وضع التقنين المدنى لكل من بلاد هذه المجموعة الثالثة مع بيان اتجاهها الرئيسى من حيث المصادر التى استلهمتها •

فى الجزائر ، أدخلت فرنسا قانونها المدنى فى الجزائر سنة ١٨٣٠ لتطبيقـه على مجتمع المستعمرين الفرنسيين ، ثم انتهى الأمر الى أن يصبح هو القانون المدنى النافذ فيما بين الجزائريين أنفسهم •

وفى مصر وضع أول تقنين مدنى حديث عند انشاء المحاكم المختلطة فى سنة ١٨٧٥ ضمن حركة الاصلاح القضائى التى تم الاتفاق عليها بين مصر والدول صاحبة الامتيازات ، فصدر التقنين المدنى المختلط فى سنة ١٨٧٥ منقولا عن القانون الفرنسى نقلا مقتضبا مخلا فى بعض الأحيان ، مع أخذه فى نصوص قليلة منه ببعض أحكام الشريعة الاسلامية كأحكام العلو والسفل (المواد ٥٥ ــ ٥٨ مدنى مختلط) ، وأحكام الحائط المشترك (المادتان ٥٩ ــ ٦٠ مدنى مختلط) وأحكام الشفعة (التى استبدل بهـا قانون ٢٦ مارس ١٩٠٠) ، والحكم الخاص بجعل مدة التقادم ١٥ سنة بدلا من ٣٠ سنة كما هى فى القانون الفرنسى ، والأحكام الخاصة بخيار الرؤية (المواد ٣١٦ الى ٣١٨ مدنى مختلط) وببيع المريض مرض الموت (المواد ٣٢٠ ــ ٣٢٣ مدنى مختلط) وبتحريم بيع المحصولات المستقبلة (المادتان ٣٣٠ ــ ٣٣١ مدنى مختلط) وبسـقوط حق البـائع فى حبس الشيء المبيع اذا أحال الباقى من الثمن فى ذمة المشترى الى الغير (المادة ٣٥٢ مدنى مختلط) وبتحمل هلاك المبيع المعين بالذات قبل تسليمه الى المشترى (المادة ٣٧١ مدنى مختلط)، وبضـمان العيوب الخفية (المواد ٣٩٠ الى ٣٩٣ مدنى مختـلط) ••• الخ (يراجع فى تفصيل ذلك بحث الأستاذ السنهورى سالف الذكر المنشور فى مجلة القانون والاقتصـاد

السنةالسادسة ١٩٣٦ ص ١١٩ وما بعدها) ، ثم صدر بعد ذلك بثمانية أعوام التقنين المدنى الأهلى (سنة ١٨٨٣) لتطبقه المحاكم الأهلية فى الدعاوى التى تقوم فيما بين الوطنيين دون غيرهم أو بينهم وبين الأجانب من غير ذوى الامتيازات . وقد جرى فيه واضعه على خطة واضع التقنين المختلط من حيث النقل باقتضاب عن القانون الفرنسى مع الأخذ ببعض الأحكام من الشريعة الاسلامية ولو أنه زاد أحيانا فى اختصار نصوص القانون الفرنسى (كما فعل فى المواد ١٥١ — ١٥٣ الخاصة بالمسئولية التقصيرية) وعدل فى بعض أحكام التقنين المختلط المقتبسة من الشريعة الاسلامية (ومن أمثلة ذلك حذفه مقابل نص المادتين ٣٣٠ و ٣٣١ مدنى مختلط الخاصتين بتحريم بيع المحصولات المستقبلة) وأضاف فى بعض آخر شرطا مأخوذا من الشريعة الاسلامية كاشتراطه فى المادة ٣٤٩ مدنى أهلى رضاء المدين فى حوالة الحق .

وفى لبنان ظلت الشريعة الاسلامية معمولا بها فى مسائل المعاملات حتى صدر قانون الموجبات والعقود فى مارس سنة ١٩٣٢ وعمل به ابتداء من ١١ أكتوبر سنة ١٩٣٤ فى عهد انتداب الدولة الفرنسية بلبنان . وقد وضع المشرع الأصلى لهذا القانون السيد / روبرس . ثم عرض هذا المشروع على العلامة الفرنسى جوسران ، ثم راجعته اللجنة الاشتراعية ووضعته فى صيغته النهائية . وقد عمدت اللجنة الى التوفيق بين القواعد الجديدة التى اشتمل عليها المشروع من جهة والشرائع العامة والعادات المحلية فى لبنان من جهة أخرى ، فجاء التقنين اللبنانى صورة للقانون الفرنسى الحديث على الوجه الذى يراه الشراح الفرنسيون المعاصرون ، وفى مقدمتهم جوسران نفسه ، وان لم يخل من بعض الاقتباسات من الشرائع الأخرى الحديثة المتخيرة كالقانون البولندى وتقنين الالتزامات السويسرى والتقنينين التونسى والمغربى والمشروع الفرنسى الايطالى للالتزامات والعقود ... الخ .

٦ — أما الطائفة الثانية من التقنينات المدنية وهى التقنينات التى أريد لها أساسا أن تكون متخيرة ، فتشمل تقنينى تونس والمغرب والتقنين

المصرى الحالى وتقنينات البلاد العربية الأخرى التى نهجت نهج هـذا الأخير وهى تقنينات سوريا وليبيا والسودان •

ففى تونس ظلت الشريعة الاسلامية سارية حتى مطلع القرن الحالى ، ومنذ سنة ١٩٠١ شكلت فيها لجنة من خمسة أعضاء من رجال القانون الأوربيين لوضع مشروع تمهيدى لتقنين حديث يضم أحكام الالتزامات والعقود • وقد توخت اللجنة فى وضع مشروعها التمهيدى أن توفق بين أحكام الشريعة الاسلامية التى كانت شريعة البلاد حتى ذلك الحين وبين أحكام مختلف التقنينات المدنية الأوروبية حتى لا تصدم نصوصه عادات أى فريق من الأجانب أو من الوطنيين فى البلاد التونسية ، ثم عرض هذا المشروع التمهيدى على لجنة أخرى مكونة من اثنين من أعضاء اللجنة الأولى ومن عشرة من علماء الشريعة الاسلامية منهم خمسة من أساتذة الشريعة بجامعة الزيتونة وخمسة من قضاة المحكمة العليا الشرعية • وقد راجعت هذه اللجنة المشروع مراجعة دقيقة وخرجته على أحكام الشريعة الاسلامية ولم تجد فيه ما ينافيها • فصدر به مرسوم الباى فى ١٥ ديسمبر ١٩٠٦ ، وسمى التشريع الجديد تقنين الالتزامات والعقود •

وعقب اعلان الحماية على المغرب فى سنة ١٩١٢ شكلت لجنة لوضع تقنينات حديثة تقوم مقام أحكام الشريعة الاسلامية فى تنظيم علاقات الأفراد ، فرأت هذه اللجنة أن تنقل تقنين الالتزامات والعقود عن التقنين التونسى سالف الذكر بعد حذف بعض نصوص منه رؤى ادماجها فى تقنين الاجراءات أو فى تقنين التجارة ، أو الاستغناء عنها كلية لتعلقها بعقود معينة منتشرة فى تونس ولم يجر التعاقد بها فى المغرب • وقد اعتمد هذا المشروع فصدر به مرسوم السلطان فى ١٢ أغسطس سنة ١٩١٣ وجرى العمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٣ •

ويتميز هذان التقنينان بأنهما لم يلتزما نهج القانون الفرنسى وحده ، بل اقتبسا كثيرا من تقنينات البلاد الأوروبية الأخرى وبخاصة

من التقنين الألمانى والتقنين السويسرى ، وبأن أحكامهما روجعت على أحكام الشريعة الاسلامية ، فألفا مزاجا من النظامين اللاتينى والجرمانى جمع مزايا كل منهما مع التزامه حدود أحكام الشريعة الاسلامية .

٧ — وفى مصر ظهرت الحاجة ماسة فى الثلث الأول من القرن الحالى الى تنقيح شامل للقانونين المدنيين المختلط والأهلى اللذين صدرا فى سنة ١٨٧٥ و ١٨٨٣ والى توحيدهما ولا سيما بعد أن تقرر فى اتفاقية مونترو الغاء الامتيازات الأجنبية والمحاكم المختلطة ، فشكلت لذلك فى سنة ١٩٣٦ لجنة أولى من ثمانية أعضاء ، ثم استبدلت بها لجنة أخرى من أحد عشر عضوا ، ثم لجنة ثالثة فى سنة ١٩٣٨ تكونت من عضوين اثنين هما الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى والأستاذ ادوار لامبير (أنظر تشكيل هذه اللجان الثلاث وبيان مساعديها الفنيين فى الوسيط للأستاذ السنهورى الجزء الأول الطبعة الثانية من ص ٢٤ الى ص ٣٥) ، وهى التى وضعت المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى فى قرابة عامين ، وعرضته وزارة العدل للاستفتاء على رجال القضاء وأساتذة القانون ومختلف الهيئات القانونية والمالية ، وظل معروضا للاستفتاء زهاء ثلاثة أعوام ، ثم شكلت فى سنة ١٩٤٥ لجنة من خمسة أعضاء برئاسة واضع المشروع التمهيدى الأستاذ عبد الرزاق السنهورى لمراجعة المشروع فى ضوء ما تم من استفتاء وما قدم من ملاحظات . وبعد المراجعة أحيل المشروع النهائى الى البرلمان بمجلسيه ، فأقره بعد دراسة مستفيضة استغرقت نحو ثلاثة أعوام ، وصدر مرسوم اصداره فى ١٦ يوليه ١٩٤٨ على أن يعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ ، وهو أول يوم بعد انقضاء أجل المحاكم المختلطة وانتهاء العمل بالتقنين المدنى المختلط .

وقد استقى التقنين المدنى المصرى الحالى من منابع ثلاثة : القانون المدنى المصرى السابق ، والفقه الاسلامى ، والقوانين الغربية الحديثة . فاتخذ من نصوص القانون المدنى السابق وتطبيقاته القضائية ركيزة أساسية له حتى لا يقطع الصلة بين الحاضر والماضى ، ويفيد من تجربة النصوص السابقة بعد أن صقلها العمل وأوضح مكنونها الفقه والقضاء .

وفيما يتعلق بالمصدر الثانى ، وهو الفقه الاسلامى ، احتفظ المشرع المصرى بما كان القانون القديم يحتويه من أحكام هذا الفقه ، ثم زاد عليها أحكاما أخرى استمدها منه كأحكام مجلس العقد وايجار الوقف والحكر والابراء من الدين . وأحكاما غيرها استمدها من الفقه الاسلامى ومن القوانين الجرمانية معا كنظرية التعسف فى استعمال الحق وحوالة الدين ومبدأ الحوادث الطارئة ، ولم يقف عند حد الأخذ بهذه الأحكام المتفرقة ، بل جعل الفقه الاسلامى مصدرا من مصادر القانون الرسمية يرجع اليه القاضى فى المسائل التى لا يجد لها نصا تشريعيا يسرى عليها ولا عرفا ينظمها (المادة الأولى من القانون) .

وفيما يتعلق بالمصدر الثالث ، أقبل عليه المشرع المصرى قصد الابتعاد عمدا عن التقليد المحض للقانون الفرنسى تحاشيا لعيوب هذا الأخير وتوخيا للافادة من تجربة البلاد الأخرى المتقدمة فى مجال القانون المدنى بوجه عام ، وبنوع خاص فى أساليب الصياغة القانونية التى ارتقت ارتقاء كبيرا خلال قرن ونصف قرن مضيا منذ صدور القانون الفرنسى ، ولم يكتف المشرع المصرى فى هذا الشأن بالاقتباس من القوانين اللاتينية المتطورة ، بل قارن هذه القوانين بالقوانين الجرمانية الأصل (كالقانون الألمانى والقانون السويسرى) ثم بالقوانين المتخيرة التى استمدت أحكامها من كلتا المجموعتين سالفتى الذكر أى مجموعة القوانين اللاتينية ومجموعة القوانين الجرمانية فى أحدث صورهما المتطورة ، وأخذ من مجموع ذلك كله بأكثره ملاءمة للبيئة المصرية ومطابقة لأحكام القضاء المصرى فى اطار الأحكام الشرعية .

وبذلك جاء التقنين المدنى المصرى الحالى نموذجا من الشرائع الحديثة المتخيرة حافظ على تراثنا القانونى القريب ممثلا فى نصوص القانون السابق وقضائه واستزاد من الأخذ من تراثنا البعيد مجسما فى الفقه الاسلامى ، وأضاف الى هذا وذاك خير ما وجده فى القوانين الغربية المتباينة الأصول والنزعات ملائما لبيئتنا وعاداتنا .

٨ — وفى سوريا أيضا ظهر أن أحكام المجلة صارت بعيدة عن معاملات الناس ، وكان هذا البعد يتسع يوما بعد يوم باتساع هذه المعاملات ، وعولج الأمر فى مناسبات مختلفة باصدار تشريعات خاصة فى موضوعات معينة ، ثم رؤى أخيرا ضرورة وضع تقنين حديث شامل لجميع أحكام المعاملات ، فصدر التقنين المدنى الحالى بتاريخ ١٨ آيار سنة ١٩٤٩ وعمل به ابتداء من ذلك التاريخ •

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع هذا التقنين أن المشروع يقوم على أساس القانون المدنى المصرى الذى صدر أخيرا ، وأن السبب فى اختيار هذا القانون أساسا للمشروع السورى يعود الى ما بين القطرين الشقيقين من التقاليد المشتركة ومن العادات المتقاربة والأوضاع الاجتماعية المتشابهة بحيث يسهل تطبيقه فى سوريا ، ويؤدى فى الوقت نفسه الى الاستفادة من اجتهاد القضاء المصرى ومن آثار رجال القانون المصريين ويقيم بين البلدين تعاونا واسعا فى التشريع المدنى •

وجاء فيها أيضا أن اقتباس المشروع السورى من القانون المصرى يحقق مقصدا من أجل المقاصد التى يرنو اليها العرب فى هذا العصر وهو توحيد التشريع بين الأقطار العربية • وقد كان هذا الهدف مطمح أنظار رجال القانون العرب وأملا من آمالهم ، فجاء هذا المشروع محققا لهذا الأمل ، وهو أول خطوة عملية لاقامة الوحدة القانونية بين الأقطار العربية •

٩ — وفى ليبيا أيضا ظهرت الحاجة الى وضع قانون مدنى حديث ، فحذا المشروع الليبى حذو المشروع السورى ، وأصدر تقنينه المدنى فى ٢٨ نوفمبر ١٩٥٣ الذى عمل به ابتداء من ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٤ ، وجاءت نصوصه مطابقة لنصوص التقنينين المصرى والسورى ، فكان خطوة أخرى على طريق الوحدة القانونية العربية •

١٠ — وفى السودان أدخل الانجليز منذ احتلالهم اياه فى عام

١٨٩٨ قانونهم تدريجيا ، ولما أصدروا قانون الدعاوى المدنية فى عام ١٩١٠ ضمنوه نصا يقضى بأن تطبق المحاكم السودانية فى حالة عدم وجود نص تشريعى قواعد العدالة والانصاف والوجدان السليم ، ومنذ ذلك الحين درجت المحاكم السودانية على تطبيق القانون الانجليزى مسطورا كان أو غير مسطور باعتبار أنه خير تعبير عن قواعد العدالة والانصاف والوجدان السليم ، وبذلك أصبح القانون المدنى الانجليزى هو الذى ينظم المعاملات فى السودان ، فاستقر فى بيئة غير بيئته ، وفى مجتمع لم يعد هو له ولم يألفه ، وبقى فى أغلبه غير مقنن يعتمد على السوابق القضائية وظلت أحكامه مبعثرة فى مواطن متفرقة وقواعده غير مستقرة وغير منضبطة ، مما دعا ثورة سنة ١٩٦٤ الى التفكير فى علاج هذه الحال ، فشكلت فى سنة ١٩٧٠ لجنة من المتخصصين من أبناء وادى النيل شماله وجنوبه كان من أول مهامها وضع مشروع قانون مدنى ؛ وقد أنجزت اللجنة هذه المهمة وعرض المشروع على كافة الجهات المعنية كالهيئة القضائية ونقابة المحامين وأساتذة القانون فى الجامعة وغيرهم من المشتغلين بالقانون واستطلع رأيهم فيه ، ثم روجع المشروع فى ضوء نتيجة هذا الاستفتاء ووضع فى صورته النهائية ثم صدر به القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١ .

وقد سار هذا القانون فى تبويبه وترتيب أحكامه على نسق القانون المدنى المصرى الحالى ، وجاء فى مذكرته التفسيرية أنه استمد أحكامه من مصدرين رئيسيين هما : القوانين المدنية فى بعض الدول العربية والشريعة الاسلامية .

فكانت القوانين المدنية فى كل من مصر وليبيا والعراق وسوريا وقانون التجارة الكويتى ومشروع القانون المدنى الموحد الذى وضع ابان الوحدة بين مصر وسوريا هى المصادر التى استلهمها المشرع السودانى وتخير من أحكامها ما هو أكثر ملاءمة لأوضاع السودان وظروف الحياة فيه .

كما أنه استلهم الشريعة الاسلامية وأخذ عنها الكثير من أحكامه . بالاضافة الى أنه اعتبرها المصدر الرسمى الأول الذى يتعين على القاضى أن يلجأ اليه عند عدم وجود نص يحكم المسألة المطروحة عليه •

وقد أشارت مذكرته التفسيرية الى أهم النظريات التى استمدها المشرع من الشريعة الاسلامية فى موضوعات التعسف فى استعمال الحق ومسئولية عديم التمييز وحوالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة الذى يستند الى نظرية الضرورة فى الشريعة الاسلامية وموضوعات الأهلية والهبة والشفعة وكثير غيرها من الأحكام التفصيلية كالأحكام الخاصة بمجلس العقد وبيع المريض مرض الموت وانقضاء الايجار بموت المستأجر ••• الخ •

١١ ــ يبين مما تقدم أن هذه الطائفة الثانية من التقنينات المدنية العربية تتسم بسمة بارزة هى أنها مع احتفاظها بالقوانين المعمول بها فى بلادها بعد تنقيحها قد استلهمت مصدرين آخرين بالغى الأهمية : (١) القانون المقارن وبصفة خاصة الشرائع الغربية سواء منها التى تنتمى الى مجموعة الشرائع اللاتينية والتى ترجع الى مجموعة الشرائع الجرمانية ، (٢) والشريعة الاسلامية فى المذهب الحنفى من طريق مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران • وقد استزادت تقنينات هذه الطائفة من أحكام الفقه الاسلامى فوق ما أخذته منه تقنينات الطائفة الأولى وجعلته مصدرا رسميا من مصادر القانون •

١٢ ــ أما الطائفة الثالثة من التقنينات العربية المعاصرة ، فينفرد بها حتى الآن التقنين المدنى العراقى الحالى ، وهو يشكل أول تجربة لوضع خلاصة القوانين الغربية وأحكام الفقه الاسلامى جنبا الى جنب على قدم المساواة •

وكان ذلك أمرا طبيعيا لأن مجلة الأحكام العدلية ظلت معمولا بها فى العراق حتى صدور القانون المدنى الجديد ، وكانت الحاجة كثيرا ما

تدعو الى سن قواعد جديدة تستمد من غير المذهب الحنفى الذى قننته المجلة ، فتصدر بها تشريعات خاصة ، وكثرت هذه التشريعات وتعددت ، وكان منها الموروث عن الدولة العثمانية كقانون الأراضى وقانون الطابو ، وانتشرت قواعد مدنية هامة فى ثنايا قوانين الاجراءات وفى قانون أصول المحاكمات الحقوقية وقانون الاجراء وقانون المحاكم الصلحية ... الخ . وكان على اللجنــة التى كلفت وضع مشروع قانون مدنى عراقى أن تلم شتات هذه التشريعات العديدة المبعثرة ، بما فى ذلك مجلة الأحكام العدلية وأن تؤلف ما بين أجزائها وتنسق ما بين نصوصها وقد بذلت فى ذلك جهدا رائعا .

وجاء فى الأسباب الموجبــة للائحة القانون المــدنى العراقى أنه : « رؤى أن يكون المشروع مثلا لمــا ينبغى أن يكون عليه التقنين المــدنى فى البلاد العربية ، فجعل مزاجا متآلفا يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة الاسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية ، وهو بتكوينــه هــذا يحكم التنسيق بين هذين المصدرين ، فيتسع لمواجهة أوضاع الحضارة الحديثة أو يستحث الجهود لدراسة الفقه الاسلامى دراسة مقارنة ترده الى ربيع حياته وتمكنه من مسايرة هذه الأوضاع .

« ومتى تم احياء الفقه السلامى على النحو المتقدم ، مهد السبيل للقانون المدنى العربى . فما من شك فى أن هــذا الفقه أصبح مصــدرا يفيض بالحياة والحركة ، ويكون خليقا بأن يؤسس عليه وحده تقنين من أحدث طراز . ومثل هــذا التقنين ، وان كان مجرد أمنية تجيش بهــا النفوس فى الوقت الحاضر ، الا أن المشروع يهيىء لتحقيق هذه الأمنية خير الوسائل وأجداها .

« وقــد أخذت الأحــكام الواردة فى هــذا المشروع من المشروع المصرى — وهو فى جملته صفوة مختارة من القواعــد التى استقرت فى أرقى التقنينات الغربية — ومن القوانين العراقية الحالية وفى طليعتهــا المجلة وقانون الأراضى — ومن الشريعة الاسلامية . والكثرة الغالبة من

هذه الأحكام قد خرجت على الفقه الاسلامى فى مذاهبه المختلفة دون تقيد بمذهب معين .

« ولم يأل المشروع جهدا فى التنسيق بين الأحكام التى استقاها من مصدريه الأساسيين ، الشريعة الاسلامية والقوانين الغربية . فاندمجت جميعا فى ضرب من الوحدة يكاد يخفى معه ازدواج المصادر وتباينها » .

وقال الأستاذ الدكتور السنهورى الذى أسهم الى حد كبير فى اعداد مشروع هذا القانون واخراجه :

« ان القانون العراقى الجديد يتميز باتجاه خاص ينفرد به عن القانون المصرى الجديد وعن سائر القوانين الحديثة . فهو أول قانون مدنى حديث يتلاقى فيه الفقه الاسلامى والقوانين الغربية الحديثة جنبا الى جنب بقدر متساو فى الكم والكيف . وهذه تجربة من أخطر التجارب فى تاريخ التقنين المدنى الحديث . ذلك أن الشريعة الاسلامية منذ أن ركدت طوال القرون الماضية وأغلق باب الاجتهاد فيها أصبحت شريعة قديمة من طراز القانون الرومانى لم تهب عليها ريح الاصلاح الا فى مرحلة أولى يوم قننت أحكامها فى نصوص تشريعية على نسق التقنينات الغربية فى المجلة وفى مرشد الحيران . وها نحن الآن فى مرحلة ثانية يخطوها القانون العراقى الجديد وقد وضع هذه الأحكام المقننة من الفقه الاسلامى الى جانب نصوص القوانين الغربية ممثلة فى القانون المصرى الجديد . فلسنا مغالين اذا قلنا أن تجربة القانون المدنى العراقى تعد من أخطر التجارب فى تاريخ القانون . فهذه أحكام الفقه الاسلامى قننت فى نصوص واضحة ووضعت الى جانب نصوص القوانين الغربية . وبذلك تم جمع الفقه الاسلامى والقوانين الغربية على صعيد واحد . فمكن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج أثرها ومهد الطريق للمرحلة الثالثة والأخيرة فى نهضة الفقه الاسلامى ، يوم يصبح هذا الفقه مصدرا لأحكام مدنية حديثة تجارى مدنية العصر وتساير أحدث القوانين وأكثرها تقدما ورقيا » .

الفصل الثانى

استخلاص اتجاه عام يمكن أن يكون أساسا لتوحيد القانون المدنى فى الدول العربيـه

١٣ — يبين من عرض تاريخ مختلف التقنينات المدنية السالفة الذكر أن كلا منها روعى فيه تضمينه الأحكام التى توافق المجتمع الذى وضع له والعصر الذى صدر فيه ، وذلك بوصل الحاضر بالماضى مع استهداف تطويره بما يلائم المستقبل •

فكل من التقنينات المذكورة راعت الاحتفاظ بقدر كبير من القوانين المعمول بها فى حينها ، وذلك منعا للطفرة ومضارها ورغبة فى الافادة من استقرار تلك القوانين بها بعد أن صقلها العمل وأوضح الاجتهاد غامضها وأكمل نقصها • وكل منها توخت بدرجات متفاوتة وصل حاضرها بماضيها وتوثيق الصلة بينه وبين تراثها القانونى العظيم متمثلا فى الفقه الإسلامى الذى ظل هو القانون العام للمعاملات قرونا طويلة فى جميع تلك البلاد حتى وضع التقنينات الحديثة بها ، بل مايزال هو القانون العام فى بعضها •

وكل منها استهدفت استيعاب تيارات التشريع العالمية والأخذ بأسباب تطويرها تقريبا للشقة بين أحكامها وأحكام تقنينات البلاد العصرية المتقدمة ، تيسيرا للتعامل والتبادل مع أهل تلك البلاد ، بعد أن أصبح العالم كله يكاد أن يكون وحدة متكاملة لا يستغنى بعضها عن بعض •

١٤ — ومن هنا كانت ضرورة استمداد تلك التقنينات العربية التى عرضنا تاريخها من مصادر ثلاثة : (١) القانون القائم ، (٢) والفقه الاسلامى ، (٣) والقانون المقارن •

أما أول هذه المصادر الثلاثة . فقد فرضته طبيعة القانون ذاتها من حيث انه كائن حى ينشأ فى المجتمع بنشأته ويسايره فى تطوره متصلة حلقاته بعضها ببعض تمهد كل منها للتالية وتكمل اللاحقة منها السابقة وتوضحها وتطورها حتى تصل بها الى الغاية من مطابقة حاجات المجتمع فى سيره المطرد نحو الرقى والتقدم .

وكان لابد من اتخاذ القانون القائم فى كل بلد أساسا لوضع التقنين الجديد فيه ، حتى لا يحدث التقنين الجديد صدعا فى بناء المجتمع ولا تصدم أحكامه ما ألفه الناس من أحكام القوانين السابقة . وحتى يثرى التقنين الجديد بمحصلة تجارب القوانين القائمة فيحتفظ بما ثبتت صلاحيته منها ويصلح ما ظهر فى بعضها من عيب ويتيح للمشتغلين بتطبيقه سندا قويا يستندون اليه فى تفسيره وذخيرة ثمينة من اجتهادات الفقه والقضاء السابقين فى تطبيقهما تلك القوانين على المشاكل العملية المعاصرة وينهلون منها فى يسر واطمئنان يجنبهم الشطط أو الدخول فى خلافات فقهية جديدة بعد أن تكون الخلافات التى أثارتها القوانين السابقة قد حسمت واستقر الأمر بشأنها ، أثر سنين طويلة من الجدل والنقاش .

١٥ — أما المصدر الثانى ، وهو الفقه الاسلامى ، فقد فرض الرجوع اليه عند وضع التقنينات الحديثة فى أكثر البلاد العربية أولا وقبل كل شىء أنه كان يمثل القانون القائم فى تلك البلاد وقت اعداد تلك التقنينات . فوق أنه يعتبر فى هذه البلاد من الحقائق التاريخية والحقائق المثالية التى برهن العلامة جينى على أنها تدخل ضمن الحقائق العلمية التى تتكون منها مادة القانون فى كل مجتمع والتى لا يمكن بالتالى اغفالها عند صياغة قانون بلد ما أو تقنينه . ذلك أن الفقه الاسلامى ارتبط بتاريخ الحضارة العربية وأمدها بالأسس القانونية التى ساعدت على ازدهارها وانتشارها بضعة قرون فى ربوع أوروبا وحتى أقاصى آسيا وظل هو القانون العام فى البلاد العربية الى وقت قريب جدا بل لايزال كذلك فى بعضها حتى الآن . الأمر الذى يجعله قاسما مشتركا بين هذه البلاد . فضلا عن أنه

ينبثق من مثل عليا تقوم على أساس الدين الاسلامى دين الكثرة الغالبة فى البلاد العربية وتمتزج فيها بأخلاق الناس وطبائعهم ، مما يوجب أخذها فى الاعتبار عند تقنين أحكام معاملاتهم ، يضاف الى ذلك أن هذا الفقه بلغ بفضل اجتهاد اعلامه المجتهدين شأوا عظيما من الأصالة والدقة ومن احكام النظم ، وحوى أعدادا لا تحصى من حلول المسائل ، مما جعل فقهاء الغرب يعترفون له فى مؤتمراتهم الدولية بمكانة سامية بين النظم القانونية فى العالم (أنظر بوجه خاص قرارات مؤتمر القانون الدولى المقارن الثانى المنعقد بلاهاى سنة ١٩٣٧ ، وسليمان مرقس فى مقال باللغة الفرنسية فى فضل بعض نظم الشريعة الاسلامية على ما يقابلها من نظم القوانين الحديثة . مجلة مصر القضائية L'Egypte Judiciare ، القاهرة سنة ١٩٣٧ العدد رقم ١٥٣) .

كل هذا أوجد فى مختلف المجتمعات العربية الحديثة منذ أن نهضت من ثباتها وصممت على اللحاق بالركب العالمى المتقدم وعلى استعادة مجدها الغابر شعورا عميقا بضرورة التقارب والاتحاد فيما بينها واحساسا خفيا بأن تمسك كل منها بالفقه الاسلامى — ذلك القاسم المشترك بينها — يكون من أنجع الوسائل لتحقيق تقاربها واتحادها .

١٦ — أما المصدر الثالث — وهو القانون المقارن — فقد دعت المجتمعات العربية الحديثة الى الاستهداء به ، رغبتها فى الأخذ بأسباب الرقى والتقدم التى ظهرت فى قوانين البلاد الغربية الحديثة المتطورة سواء من حيث الموضوع أو من حيث الصياغة خلال قرن ونصف بعد صدور تقنين نابليون فى سنة ١٨٠٤ ، وذلك أولا للافادة الذاتية من تلك الأسباب ، وثانيا لتقريب الشقة بين قوانينها وقوانين تلك البلاد تيسيرا للتعامل مع أهلها .

الفصل الثالث

ضرورة التزام هذا الاتجاه العام فى وضع التقنين المدنى العربى الموحد ومتطلباتها ومدى ما يمكن تحقيقه فى هــذا الاتجاه فى المرحلة الحالية

١٧ — ولأن هذا الاتجاه العام الذى سارت فيه البلاد العربية التى اتخذت لها تقنينات وضعية حديثة كان اتجاها طبيعيا أملته على كل منها ظروفها فى هذه المرحلة من تاريخها ، يبدو أنه من المتعين مواصلة السير فيه عند وضع مشروع تقنين عربى موحد ، مع مراعاة تباين الأحوال بين بعض البلاد العربية وبعضها من جهــة ، وتغير الظروف من جهة أخرى وفى مقدمتها ما أصبح يجتاح البلاد العربية فى الوقت الحاضر من رغبة عارمة فى الأخذ بأسباب الرقى للحاق بالركب العالمى المتقدم ومن ازدياد الشعور بتقوية أواصر الوحدة بينها واستعادة مجدها التالد واحيــاء تراثها الحضارى العظيم ، ومنه تراثها القــانونى المجسم فى الفقــه الاسلامى •

١٨ — ونعرض فيما يلى تصورنا لامكانيات السير فى هذا الاتجاه ومتطلباته ومدى ما يمكن تحقيقه بالنسبة الى كل من المصــادر الثلاثة المشار اليها آنفا التى ينبغى استلهامها فى وضع التقنين المدنى العــربى الموحد •

١٩ — **(أ) فيما يتعلق بالقوانين القائمة** — كانت مهمة المشرعين المحليين فى مختلف البلاد العربية التى اتخذت لهــا تقنينات حديثة رغم صعوبتها أيسر بكثير مما ستكون عليه مهمة مشروع التقنين الموحد فيمــا يتعلق باستمداد أحكامه من القوانين القائمة وما نسج حولها من اجتهاد فقهى وقضائى • ذلك أن كل مشرع محلى لم يكن أمامه سوى قانون واحد

يسهل عليه أن يحيط به وأن يصلح ما أظهره فيه العمل من عيب أو يكمل ما بدا فيه من نقص ثم يحله مكانه من التقنين الجديد • أما مشرع التقنين الموحد ، فانه سيجد بين يديه تقنينات قائمة بقدر عدد البلاد التى يوضع لها التقنين الموحد • وقد تقدم أن تلك التقنينات القائمة فى البلاد العربية تنقسم طوائف ومجموعات عدة تختلف فيما بينها من حيث المصدر الذى استمدت منه ، وبالتالى من حيث مادتها وصياغتها ؛ فضلا عن اختلاف الاجتهاد فى كل منها عنه فى غيرها ، الأمر الذى يعقد مهمة مشرع التقنين الموحد فى الاستمداد من ذلك المصدر الأول الذى بان من الاتجاه العام السابق استخلاصه من حركة التقنين فى البلاد العربية ضرورة الاعتماد عليه ، ألا وهو القانون القائم فى كل من تلك البلاد •

ويمكن اجمال الصعاب التى تعترض سبيل مشروع التقنين الموحد فى هذا الشأن فى ثلاث :

١ — اختلاف مصادر القانون القائم فى كل من البلاد العربية •

٢ — تبـاين الأعراف •

٣ — التغاير فى نظم الأموال الثابتة •

والصعوبة الناشئة من اختلاف المصادر يمكن الاستعانة فى التغلب عليها بما يلى :

(أ) بالنسبة الى المجموعة الأولى من البلاد العربيـة ، أى التى ليست لها قانون مدنى مسطور ، بالنزول على الرغبة القوية والحـاجة الملحة فى سائر البلاد العربية فى أن يكون لها تقنين مدنى موحد ، وليس فى ذلك ضرر أو غضاضة عليها •

(ب) ثم بالنسبة اليها والى بلاد المجموعة الثـانية أى التى تنظم المعاملات فيها مجلة الأحكام العدلية ، باتباع مسلك توفيقى بين أحكام

الفقه الاسلامى والأحكام المستمدة من القانون المقارن على الوجه الآتى بيانه عند الكلام على المصدر الثانى وهو الفقه الاسلامى .

(ج) وبالنسبة الى بلاد المجموعة الثالثة بطوائفها الثلاث ، بتخير أصلح ما فى قوانين هذه البلاد وأكثره ملاءمة للمجتمع العربى فى العصر الحالى . مع تجنب التفاصيل التى يكثر فى شأنهـا الاختلاف وتركهـا للوائح أو الأعراف المحلية .

أما الصعوبة الناشئة من تباين الأعراف التى تعتبر جزءا من القانون القائم فى كل بلد ، فيمكن تذليلهـا فيما لا يمكن توحيـده من أعراف أو تقضى المصلحة بعدم توحيده بترك تقنينه والاكتفاء بالاحالة فى التقنين الموحد على العرف المحلى فى كل بلد . وقـد رأينا على سبيل المثال أن المشرع المغربى عندما نقل قانون الالتزامات والعقود عن القانون التونسى أغفل تنظيم بعض أنواع العقود التى نظمها القانون التونسى لأنها غير متداولة فى المغرب ، فيصح أن تعتبر الأحكام المنظمة لتلك العقود أعرافا محلية لا يتناول المشرع تقنينها ويكتفى فى التقنين بالاحالة عليها .

أما الصعوبة الناشئة من تغاير نظم الأموال الثابتة واختلافها من بلد الى آخر ، فمردها الى أن نظم الملكية العقاريه تمتـد جـذورها الى أصول عميقـة فى تاريخ كل بلـد ، سواء فى ذلك تاريخه السـياسى أو الاقتصادى أو الاجتماعى ، وهى ثمرة هذا التاريخ الحافل الشامل توارثها الخلف عن السلف وأصبحت مجسمة فيما ألفه الناس فى كل مجتمع من النظر الى الأموال الثابتة وأنواع الحقوق التى تترتب عليها والتصرفات التى يمكن أن ترد عليها ، وكثيرا ما تنشأ من هذا النظر الذى يألفه الناس أعراف محلية .

لذلك جرى المشرعون فى البلاد التى تضم أجزاء تختلف فيها نظم الأموال الثابتة على عدم تضمين أحكام هـذه الأموال تقنينها المدنى ، وايثار الاقتصار على وضع قانون الالتزامات والعقود ، كما فعلت كل

من تونس والمغرب ولبنان ، على غرار ما فعلته بعض البــلاد الأوربية والآسيوية الحديثة مثل سويسرا وبولنده والصين ، وما سار عليه واضعو المشروع الفرنسى الايطالى للالتزامات والعقود فى سنة ١٩٢٩ ٠

ولذلك نرى أنه ربما يحسن التفكير ـ اقتــداء بتلك البلاد ـ فى تجنب هذه الصعوبة فى الوقت الحاضر بقصر التقنين المدنى العربى الموحد المزمع وضعه على الأحكام المتعلقة بالالتزامات والعقود ٠

٢٠ ـ (ب) وفيما يتعلق بالأخذ من الفقه الاسلامى :

غنى عن البيان بعد ما أسلفناه عن الفقه الاسلامى أنه فقه عظيم يزخر بروائع الكنوز القانونية التى يصح أن يباهى بهــا العرب سائر الأمم والتى يستطيعون أن يجدوا فيها ما يسد حاجتهم ويغنيهم الى حد كبير عن الاقتباس من قوانين أجنبية عنهم ٠

وقد رأينا كيف أن المجموعة الثالثة من البلاد العربية بطوائفهــا الفرعية الثلاث قد درجت على الأخذ من الفقه الاسلامى بدرجات متفاوتة الى جانب ما أخذته عن القانون الفرنسى وسائر القوانين الغربية ، وبينا اتجاه هذه المجموعة الى استزادة الأخذ من أحكام الفقه الاسلامى ، وكان قصب السبق فى ذلك للتقنين المدنى العراقى الذى جعلناه وحده يشكل طائفة قائمة بذاتها تأتى على رأس طوائف هذه المجموعة ٠

وبدهى أن يؤدى استمرار التطور فى هــذا السبيل الى الاستزادة من الأخذ من أحكام الفقه الاسلامى عمــا فعله التقنين العراقى ، والى اعتبار هــذا التقنين الأخير مرحلة على طريق التقنين المدنى العــربى الموحد تليها مرحلة أخرى أو أكثر ٠

وفى هذا يقول الأستاذ السنهورى ، بعد أن وضع مشروع التقنين المصرى الحالى وأسهم بأوفر نصيب فى مشروع التقنين العراقى الحالى :

« ... وأقذر بعد أن اجتزنا هذه المرحلة الثانية (يقصد مرحلة التقنين المدنى العراقى)، وبعد أن أصبح الفقه الاسلامى جنبا الى جنب فى صعيد واحد أن يتكامل القانونان وأن يتفاعلا ، هذا يؤثر فى ذاك ثم يتأثر به . ومن ثم تقوم نهضة علمية حقه لدراسة الفقه الاسلامى فى ضوء القانون المدنى الغربى . وهذه الدراسة هى التى قصدت أن أصل اليها حتى اذا أتت ثمارها وتقدمت دراسة الفقه الاسلامى الى الحد الذى يجعله مصدرا لقانون مدنى يجارى مدنية العصر ويساير ثقافة الجيل ؛ عند ذلك نكون قد بلغنا المرحلة الثالثة والأخيرة ويتحقق ببلوغنا هذه المرحلة الهدف المنشود » .

ثم يرسم الأستاذ السنهورى المنهج الذى يقترحه لدراسة الفقه الاسلامى ؛ قصد احيائه والنهضة به نهضة علمية صحيحة تمهيدا لاتخاذه أساسا يقوم عليه بناء التقنين العربى الموحد فيقول :

« فالأساس فى هذه الدراسة أن تكون دراسة مقارنة : فيدرس الفقه الاسلامى فى ضوء القانون المقارن . ويعنى فى هذه الدراسة بأمرين جوهريين : (أولهما) أن تدرس نشأة الفقه الاسلامى دراسة دقيقة ؛ فيبحث كيف تكون هذا الفقه على مر الزمن وكيف تطور وبخاصة فى العصور التى سبقت عصر المذاهب الكبرى الأربعة ، (والأمر الثانى) أن تدرس مذاهب الفقه الاسلامى المختلفة : السنى والشيعى والخارجى والظاهرى وغير ذلك من المذاهب ، دراسة مقارنة لنستخلص منها وجوه النظر المختلفة ، ولتتركز هذه الوجوه فى تيارات التفكير القانونى ، ثم تتبلور فى اتجاهات عامة ، ونستكشف من وراء كل هذا قواعد الصناعة الفقهية الاسلامية ، ثم نقارن هذه الصناعة بصناعة الفقه الغربى الحديث ، حتى يتضح ما بينها من الفروق ووجوه الشبه ، وحتى نرى أين وقف الفقه الاسلامى لا فى قواعده الأساسية ومبادئه ، بل فى أحكامه التفصيلية وفى تعريفاته ، فتمتد يد التطور الى هذه التفصيلات على أسس تقوم على ذات الفقه الاسلامى وطرق صياغته وأساليب منطقه .

وحيث يحتاج الفقه الاســلامى الى التطور يتطور . وحيث يستطيع أن يجارى مدنية العصر يبقى على حاله دون تغيير • وهو فى الحالين فقــه اسلامى خالص لم تداخله عوامل أجنبية فتخرجه عن أصله » •

ثم يقول :

« والغاية من دراسة الفقه الاسلامى على النحو الذى قدمته هى أن تنتهى هذه الدراسة بعد عشرات من السنين الى أن يتجدد شباب هذا الفقه ، وتدب فيه عوامل التطور المباشر ، مسايرا لروح العصر ، وتكون نهضة الفقه الاسلامى هذه شبيهة بنهضة القانون الرومانى فى العصور الوسطى ، وينبت الفقه الاسلامى قانونا مدنيا متطورا يجارى المدنيــة الحديثة • وينبثق هــذا القانون الحديث من الشريعة الاسلامية كمــا انبثقت الشرائع اللاتينية والشرائع الجرمانية من الفقه الرومانى •• » •

يبين من ذلك أن بلوغ المرحلة القصوى على طريق وضع تقنين مدنى عربى موحد منبثق من الشريعة الاسلامية يتطلب اتمام دراسة الفقــه الاسلامى بمذاهبه المختلفة دراسة مقارنة نستخلص منها وجوه النظر المختلفة واتجاهاته العامة وطرق صياغته وأساليب منطقه ، حتى يمكن مراعاة ذلك كله فيما يراد استمداده منه من نصوص تجد مكانها فى تقنين عربى موحد حديث •

ولأن هذه الدراسة لما تتم وسيستغرق اتمامها وقتــا غير قصير ، ولأن الحاجة أصبحت باعتراف مجلس جامعة الدول العربية كما يبين من قراراته سالفة الذكر — ماسة التعجيل بوضع تقنين مدنى عربى موحــد يكون أداة فعالة فى تحقيق الوحدة العربية المرتقبة ، فانه ينبغى توطين النفس على أن يكون قطع بقية الطريق فى سبيل الوصول الى وضع تقنين عربى موحد على مرحلتين بدلا من مرحلة واحدة تمهد احداهما للأخرى وهى المرحلة النهائية التى تقدمت الاشارة اليها وتكون الأولى خطــوة جديدة على هــذا الطريق تكمل الخطوة التى قطعهــا التقنين المدنى

العراقى ، وفيها يستزاد الاستمداد من أحكام الفقه الاسلامى بقدر ما تسمح به الدراسات التى تمت حتى الآن والتى يمكن اجراؤها على نطاق مكثف فى أثناء وضع مشروع التقنين الموحد ، على أن يعاد النظر فى هذا التقنين بعد أن تتم الدراسات اللازمة للفقه الاسلامى فى ضوء ما تظهره تجربة العمل بنصوص هذا التقنين طوال الفترة التى ستستغرقها تلك الدراسات ، فيأتى التقنين العربى الموحد النهائى المنبثق من أحكام الفقه الاسلامى نتيجة تدرج فى التنسيق بين أحكام هذا الفقه وأحكام القوانين القائمة المستمدة أغلبها من قوانين أجنبية وبعد بلورة خير الحلول التى حوتها كنوز الفقه الاسلامى بمذاهبه المختلفة واختيار أكثرها ملاءمة لحاجات المجتمع العربى المعاصر .

وما لا يدرك كله لا يترك كله ، وليست الفترة اللازمة لانجاز دراسات الفقه الاسلامى المشار اليها بالشىء الكثير بالقياس الى تاريخ الأمة العربية ، وانما المهم أن يخطط لتلك الدراسات وأن يبدأ فيها فورا .

٢١ — وجدير بالتنويه فى هذا الصدد من الناحية العملية أن أسلوب الفقه الاسلامى أقرب الى أسلوب الفقه الأنجلو ساكسونى منه الى أسلوب الفقه اللاتينى من حيث انه يقوم على أساس معالجة الحلول لمسائل متفرقة لا على أساس نظريات عامة ، فهو مثلا يعالج أنواع العقود المختلفة ويضع الحلول لما يعرض من مشاكل بمناسبة كل منها ولا يحاول وضع نظرية عامة للعقد وأركانه وآثاره بصفة عامة . فلعله مما يسهل المهمة أن يبدأ بتقنين أحكام العقود وفى مقدمتها عقد البيع بعد دراستها الدراسة المقارنة فى مختلف المذاهب وتخير أكثرها ملاءمة لحاجات العصر الحاضر . ثم تعالج الموضوعات الأخرى تباعا كالضمان والاثراء . الخ . ثم يشرع بعد اكتمال تقنين أحكام هذه الموضوعات المتفرقة فى استخلاص قواعد نظرية عامة منها وتقنين هذه القواعد حتى ينبسط تطبيقها على سائر الموضوعات التى لم تقنن طالما أنه لا يوجد بشأنها نص مغاير .

٢٢ — (جـ) وفيما يتعلق باستلهام القانون المقارن :

أصبح استلهام القانون المقارن فى وضع كل تشريع حديث ضرورة لا محيص عنها فى العصر الحاضر بسبب تقدم وسائل النقل والمواصلات السلكية واللاسلكية مما أدى الى زيادة سرعة تبادل المعلومات والسلع بين أجزاء العالم كله وبالتالى الى تضاعف التعامل عدة أضعاف . سواء فى المعاملات الداخلية أو فى المعاملات مع الخارج . والى كثرة تشابكه بين أطراف ينتمون الى بلاد وتشريعات مختلفة . الأمر الذى يوجب على كل دولة أن تراعى فى وضع تشريعها ألا يصطدم مع الأصول والقواعد المرعية فى تشريعات الدول الأخرى . هذا بالاضافة الى الفوائد الجمة التى يفيدها المشرع من تجارب غيره من المشرعين ومما حققوه من تقدم فى مجال الفن التشريعى واتقان صياغة النصوص ومواجهة ظروف العالم المتغيرة وأنواع التعامل المستحدثة .

ولأن التقنينات العربية التى استلهمت هذا المصدر ، قد وقفت فى هذا الطريق عند حد ما وصل اليه القانون المقارن قبل ثلث قرن على الأقل ، فانه ينبغى لمن يضطلعون بوضع مشروع التقنين المدنى العربى الموحد أن يستوعبوا ما جد فى حقل القانون المقارن خلال هذه الحقبة الأخيرة من الزمن والى حين وضع المشروع الجديد ، حتى يأخذوا منه بما يرون ضرورة أو ملاءمة الأخذ به واحلاله محله المناسب من ذلك المشروع .

وبدهى أن ذلك يتطلب بحوثا ودراسات ومراجع كثيرة لا تقل عما يتطلبه استلهام المصدرين السابقين .

الفصل الرابع

أسلوب العمل المقترح

٢٣ — يخلص من التجارب السابقة لسن التقنينات الكبرى ضرورة البدء بوضع مشروع تمهيدى للتقنين المقترح يعرض على هيئة أو هيئات متخصصة فى مختلف النواحى التى تتصل بموضوعه .

وفيما يتعلق بوضع مشروع تمهيدى لأى تقنين سلكت الدول احدى طريقتين : (١) اما اسناده الى خبير واحد أو خبيرين مع التفرغ التام لمدة معينة ، (٢) واما اناطته بلجنة موسعة لا يشترط فى أعضائها التفرغ التام .

وقد دل العمل على أن الطريقة الأولى أجدى فى انجاز المشروع فى وقت معقول وفى تحقيق التناسق بين مختلف أجزائه .

هذا اذا كان المشروع المطلوب اعداده مشروع تقنين لبلد واحد ، كما حدث فى مصر والعراق ولبنان ، حيث يمكن أن يسند مثل هذا العمل الى خبير أو خبيرين من رجال القانون فى هـذا البلد أو المتخصصين فى قوانينه .

أما ونحن بصدد اعداد مشروع تقنين موحد لمختلف البلاد العربية . فان الأمر يقتضى بالضرورة اسهام خبراء فى قوانين كل من هذه البلاد . وهذا هو ما اتجه اليه مجلس جامعة الدول العربية بتشكيل لجنة خبراء لوضع مشروع التقنين العربى الموحد تضم عضوا واحدا عن كل من الدول العربية الأعضاء فى الجامعة .

٢٤ — ونزولا على حكم هذه الضرورة التى تفرضها طبيعة التقنين الموحد ، ورغبة فى الافادة من مزايا الطريقــة الأولى سالفة الذكر التى أثبتتها التجارب السابقة ، نرى أنه يمكن التوفيق بين الطريقتين بأن تعهد لجنة الخبراء التى شكلها مجلس الجامعة من أعضاء من جميع الــدول العربية الى خبير واحد أو أكثر بحيث لا يتجاوز عددهم الثلاثة اعــداد المشروع التمهيدى بمساعدة أعضائها وغيرهم ممن يرى الاستعانة بهم من كل بلد عربى فى مختلف التخصصات (قانون محلى بفقهه وقضــائه أو فقه اسلامى بمذاهبه المختلفة أو قانون مقارن بفروعه المختلفة) ، على أن تنظم اجتماعات دورية أو موسمية مشتركة للجنة المذكورة والخبير أو الخبراء المسند اليهم اعداد المشروع التمهيدى ، لعرض ما يكون قد تم انجازه قبل كل اجتماع والتخطيط للمرحلة التالية وتوزيع العمل الــذى تشمله الى أن يتم انجاز المشروع كله •

٢٥ — كل ذلك فى مرحلة أولى يليها مرحلة ثانية هى مرحلة عرض المشروع لاستفتاء عام على جميع المشتغلين بالقانون فى البلاد العربيــة فقهــا وقضاء وتشريعا ، أفرادا كانوا أم هيئات ، وتجميع ملاحظاتهم وتبويبها وتمحيصها وتنقيح المشروع التمهيدى بما يرى الأخذ به منها •

٢٦ — وفى مرحلة ثالثة يعرض المشروع بعــد تنقيحه على لجنــة الخبراء المشكلة بقرار مجلس الجامعة بحضور واضعى المشروع فى صورته المنقحة لمناقشته واقراره بعد ادخال ما يرى ادخاله عليه من تعديل •

٢٧ — وفى مرحلة أخيرة يعرض المشروع الذى أقرته لجنة الخبراء سالفة الذكر على مجلس جامعة الدول العربية لاقراره وتوصية الدول الأعضاء باصداره تمهيدا للعمل به ابتداء من تاريخ معين يحسن أن يكون تاريخا واحدا بالنسبة الى جميع الدول العربية التى تعتمده •

٢٨ — ولضمان تحقيق هذه الخطة بنجاح ينبغى :

(أ) أن يختار الخبير أو الخبراء الذين يعهد اليهم باعداد المشروع

التمهيدى من كبار القانونيين العرب الذين لهم خبرة سابقة فى التشريع واطلاعا واسعا فى القوانين المدنية العربية المختلفة والماما بالفقه الاسلامى والقانون المقارن وأهم التشريعات المدنية الأجنبية المعاصرة ، وأن يتمكنوا من التفرغ لهذا العمل .

(ب) وأن تتاح لهم الاستعانة بعــدد كاف من الخبراء أو الباحثين أو المساعدين المتخصصين فى القانون القائم فى كل بلد عربى وفى الفقــه الاسلامى بمذاهبه المختلفة وفى الاتجاهات التشريعية المعاصرة فى القانون المقارن .

(جـ) وأن توفر لهم مكتبة مزودة بأمهات الكتب والمراجع التى تلزمهم فى عملهم أو اعتمادات كافية لتوفير هذه الكتب والمراجع من أقرب طريق .

(د) وأن يوضع تحت تصرفهم مكتب يضم سكرتارية فنية للاضطلاع بالأعمال الفنية الثانوية وسكرتارية ادارية للقيــام بالأعمال الكتابية من نسخ ومراسلات واتصالات مع أعضاء لجنة الخبراء وسائر الخبــراء والباحثين وغيرهم ممن يرى الاستعانة بهم فرادى أو فى الاستفتاء العام المشار اليه آنفا .

(هـ) وأن تعين مدة تقريبية لاعداد المشروع التمهيدى نقدرها بثلاث سنوات ومدة أخرى لاجراء الاستفتاء وتمحيص نتيجته واعداد المشروع النهائى فى ضوئها نقدرها بثلاث سنوات أخرى ، ومدة ثالثة لمناقشة لجنة الخبراء المشكلة بقرار مجلس الجامعة المشروع النهائى واقراره تمهيدا لاعتماده من مجلس الجامعة ، ونقدرها بسنة واحدة ، وجملة ذلك سبع سنوات .

هذا مجرد تصور مبدئى لكيفية تنفيــذ المشروع المذكور معروض على لجنة الخبراء الموقرة بمثابة ورقة عمل تبــدأ منها مناقشاتها لتقــر ما تراه بشأنه . والله ولى التوفيق .

دكتور سليمان مرقس
أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى
بكلية حقوق جامعة القاهرة

ثانيا — تعليقات على الأحكام

١ — هل تعتبر محاسبة أحد المدينين المتضامنين عن نصيبه فى الدين تنازلا عن التضامن بالنسبة له (*) : الالتزام بالتضامن من شأنه أن يجيز للدائن مطالبة أى واحد من المدينين المتضامنين بالدين بأكمله ، على أن يرجع من وفى الدين على باقى المدينين كل منهم بقدر حصته وتوزع حصة المعسر منهم على جميع الموسرين (المادتان ١٠٨/١٦٢ و ١١٥/١٧١ مدنى) . فالتضامن حق للدائن من حيث انه يجيز له مطالبة أى واحد من المدينين بكامل الدين ، وفيه أيضا حق آخر لكل من المدينين يخوله الرجوع على زملائه بما وفاه زيادة عن نصيبه ومطالبة كل منهم بقدر حصته فى الدين الأصلى وحصته فى نصيب المعسرين منهم (والتون جـ ٢ ص ٤٢٥) . فيجوز للدائن أن يستعمل حقه فى التضامن أو أن يتنازل عنه ويطالب كلا من المدينين بنصيبه ، وكذلك يجوز له أن يتمسك به قبل بعض المدينين وأن يتنازل عنه بالنسبة للآخرين بغير أن يكون لأولئك حق الاعتراض على التنازل عن تضامن هؤلاء ، لأن تنازل الدائن يتناول حقه وحده دون المساس بحق المدينين بعضهم قبل بعض ، وبيان ذلك أن التنازل عن التضامن بالنسبة لأحد المدينين اما أن يصحبه وفاء ذلك المدين بنصيبه فى الدين أو ابراء ذمته منه ، واما أن لا يقترن بشىء من ذلك . فتبقى ذمة ذلك المدين مشغولة بنصيبه من الدين . ففى الحالة الأولى قد كفل القانون حق المدينين الآخرين ، اذ أوجب على الدائن أن يخصم لهم قيمة نصيب ذلك المدين فى أصل الدين (المادة ١١٤/١٧٠ مدنى) ، وأجاز لهم الرجوع على ذلك المدين بقدر ما يخصه فى حصة المعسرين منهم بالرغم من تنازل الدائن عن التضامن بالنسبة اليه (المادة ١٨٣/٢٤٦ مدنى) .

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد ابريل ١٩٣٧ ص ٦٥٩ .

وفى الحالة الثانية يكون من باب أولى للمدينين الآخرين حق الرجوع على زميلهم الذى أعفى من التضامن بقدر نصيبه فى أصل الدين وبما يخصه أيضا فى حصة المدينين المعسرين ، وهكذا يبقى حق المدينين الآخرين فى كلتا الحالين كاملا وسليما ، فلا يقبل منهم اعتراض على تنازل الدائن عن حقه فى التضامن بالنسبة الى واحد منهم •

والأصل أن يكون التنازل عن التضامن صريحا ، غير أن القانون الفرنسى قد نص على حالات يعتبر فيها اسقاط التضامن ثابتا ضمنا بحكم القانون ، كأن يقبل الدائن من أحد المدينين المتضامنين نصيبه فى الدين ويعطيه ايصالا يذكر فيه أنه قبض منه نصيبه pour sa part أو يطالب الدائن أحد المدينين قضائيا بقيمة نصيبه فى الدين فيقبل المدين هذه المطالبة أو يصدر عليه حكم بها (المادة ١٢١١ مدنى فرنسى) . أو يستمر الدائن فى قبض نصيب أحد المدينين المتضامنين فى قسط الدين المؤجل أو فوائده مدة عشر سنوات متوالية (المادة ١٢١٢ مدنى فرنسى) • والشراح فى فرنسا على أن هاتين المادتين قد أنشأتا قرائن قانونية على نية اسقاط التضامن présomptions légales de remise de la solidariré ولكنها قرائن قابلة لاثبات العكس ، وفوق ذلك فان ورودها فى القانون على سبيل الحصر لا يحول دون امكان استنباط نية التنازل عن التضامن من أية ظروف أو ملابسات أخرى متى سمحت بذلك قرائن الحال les présomptions de fait (جوسران ج ٢ ص ٣٨٤ نبذة ٧٩٠ و ٧٩١ ، بلانيول ج ٢ ص ٢٥١ نبذة ٧٧٥) •

ولم ينقل المشرع المصرى نص المادتين ١٢١١ و ١٢١٢ مدنى فرنسى . ومع ذلك قرر الشراح فى مصر جواز حصول التنازل عن التضامن ضمنا (والتون ج ٢ ص ٤٢٣ ، هالتون ج ١ ص ٣٠٨ ، دى هلتس تحت كلمة obligations نبذة ٩٩ وما بعدها) ، وقد حكم بذلك قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الكلية الأهلية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ (المحاماة ١٧ — ٣٢٧ — ١٥٦) ، حيث قرر أن للدائن فى حالة تضامن المدينين الحق

فى مطالبة كل منهم بكامل الدين ، اللهم الا اذا أسقط حقه فى التضامن عن أحدهم أو عنهم جميعا صراحة أو ضمنا ، بقبوله من أحد المتعهدين المتضامنين نصيبه فى الدين sa part divise واعطائه ايصالا يذكر فيه أنه قبض منه نصيبه ، أو اذا استمر على قبض هذا النصيب فى قسط الدين المؤجل أو فوائده لمدة خمس عشرة سنة أو باستصداره حكما عليه بهذا النصيب وحده دون باقى الدين •

وبالعكس من ذلك صدر حكم آخر عن قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الأهلية فى ٣٠ مارس ١٩٣٦ (المحاماة ١٦ — ٩٦٨ — ٤٤٦) فى قضية تتلخص فى أن سيدة كان قد حكم لها ضد وزارتى الأوقاف والداخلية بتعويض قدره ٢٠٠ ج والمصاريف والأتعاب ، فحصلت من وزارة الأوقاف على نصف المبلغ المقضى به وتخالصت معها على ذلك ، ثم حدث أن طعنت وزارة الداخلية فى الحكم بالنقض ، فنقض الحكم ، وحاولت المدعية الرجوع على وزارة الأوقاف بباقى المبلغ المقضى به ، فرفضت استنادا الى تخالص السيدة معها والى أن هذا التخالص تنازل منها عن تضامنها مع وزارة الداخلية ، ثم رفض قلم المحضرين قبول الحكم للتنفيذ به على وزارة الأوقاف ، فرفعت السيدة دعوى مستعجلة طلبت فيها الحكم باستمرار تنفيذ الحكم الذى قضى لها بالتعويض ، فحكم لها قاضى الأمور المستعجلة بما طلبت ورفض اعتبار التخالص مع وزارة الأوقاف عن نصيبها اسقاطا للتضامن فيما يتعلق بها •

وقد بنى هذا الحكم الأخير على الأسباب الآتية :

١ — ان التضامن حق لا يثبت أصلا بالاستنباط من قرائن الأحوال ، فلا يجب أن يفهم التنازل عنه بالظن والشبهة بل يجب أن يكون صريحا لا يحتمل التأويل •

٢ — ان القول بسقوط التضامن ضمنا بالتخالص عن نصيب أحد المدينين المتضامنين قد يؤدى الى نتيجة شاذة فى علاقة المدينين المتضامنين

بعضهم ببعض اذا تقاضى أحدهم حصة كل من الباقين فيما دفعه عنهم ثم انتهى الى آخرهم فاذا به معسرا ، فان مؤدى هذا القول أنه يمتنع عليه الرجوع بحصة المدين المعسر .

٣ — انه وان كان كل من المدينين المتضامنين ملزما بالدين بأكمله لا يلتزم فى ماله الخاص الا بحصته فى مبلغ الدين ، وان كل ما يدفعه زائدا عليها انما يدفعه بصفته وكيلا عن باقى المدينين يرجع عليهم به ، فاذا طالب الدائن أحد المدينين بحصته فى الدين وتخالص معه عنها على هذا الوجه فليس فى ذلك تنازل عن التضامن ، لأن المدين وان يكن قد دفع حصته فى الدين حقا الا أنه يبقى بعد ذلك التزامه بصفته وكيلا عن باقى المدينين .

٤ — ان القول بعكس ذلك يفتقر الى منطق سليم ، فلا يفهم لماذا يكلف الدائن بمطالبة أحد المدينين بكل الدين والا اعتبر متنازلا عن التضامن ، والمدين فى وفاء ما زاد عن حصته فى الدين ليس الا وكيلا مفروضا فيه ألا يرجع عليه الا بعد الأصيل .

ونحن لا يسعنا أن نقر محكمة الأمور المستعجلة على ما ذهبت اليه فى هذا الحكم الأخير . ونرى لزاما علينا أن نناقشه فى جميع أسبابه .

١ — فنحن نخالفها أولا فيما ذهبت اليه من عدم جواز سقوط التضامن بغير نص صريح على ذلك ، لأنه اذا كان المشرع قد اشترط لقيام التضامن نصا صريحا فذلك لأن التضامن حالة استثنائية ، فيها خروج عما يؤدى اليه تطبيق القواعد العامة ، فوجب التشديد فيه . أما اسقاط التضامن ففيه تنازل عن ميزة استثنائية وعود الى القاعدة الأصلية فينبغى تشجيعه ، فلا داعى لاشتراط النص عليه صراحة ، ويكفى أن يريده الدائن ، وأن تظهر نيته فى ذلك بأى شكل فيعمل بها . وقد ذكرنا أن القانون الفرنسى جعل من بعض تصرفات الدائن قرائن قانونية على نيته فى اسقاط التضامن ، وأن الشراح أجازوا استنباط تلك النية من غير

تلك التصرفات عن طريق قرائن الأحوال . وأن عدم نص المشرع المصرى على تلك القرائن القانونية ليس معناه أنه لا يرى عـدم جواز حصول التنازل عن التضامن ضمنيا ، ولا يمنع المحاكم من الالتجاء الى قرائن الحال لتعرف نية الدائن من تصرفه والحكم بسقوط التضامن ولو لم ينص الدائن على ذلك صراحة . فاذا رجعنا الى وقائع هذه الدعوى لم نجد أدل منها على نية اسقاط التضامن ، اذ أن وزارة الأوقاف كانت تستطيع أن تطعن بالنقض فى الحكم الاستئنافى كما فعلت وزارة الداخلية . أو تنتظر على الأقل نتيجة طعن هذه الوزارة الأخيرة فتستفيد منه . ولكنها لم تفعل وآثرت أن تدفع حصتها فى التعويض المقضى به وقبلت المدعية منها ذلك وتخالصت معها عن نصيبها ، فى غير تحفظ فيما يتعلق بالتضامن بالنسبة لباقى الدين . فكانت هذه المخالصة أشـبه شىء بصلح تنازل فيه أحـد الطرفين عن الطعن فى الحكم وتنازل الطرف الآخر عن التضامن ، ودلت الظروف فيما بعد على أن المدعية كانت الرابحة من هذا الصلح ، اذ لولاه لاستفادت وزارة الأوقاف من نقض الحكم الحاصل بناء على طلب وزارة الداخلية ، لأن المتضامنين يمثل بعضهم بعضا فى التقاضى ، ويستفيدون جميعا من الاستئناف (نقض فرنسى ٣٠ أغسطس ١٨٥٢ دالوز ١٨٥٢ — ١ — ٢٧٦ ، ١٠ نوفمبر ١٨٩٠ دالوز ١٧٩٢ — ١ — ٨ سيرى ١٨٩١ — ١ — ٢٤١) أو الطعن المرفوع من أحدهم (نقض فرنسى ٤ يونيه ١٨٨٣ دالوز ١٨٨٣ — ١ — ٣٨٥ سيرى ١٨٨٤ — ١ — ١١٣ ، ٢٣ يوليه ١٨٨٩ دالوز ١٨٩١ — ١ — ٣٤٢ ، وأنظر بلانيول جـ ٢ ص ٢٤٦ نبذة ٧٦٠) . فاما أن يعتبر التخالص مع وزارة الأوقاف صلحا وتنـازلا من الطرفين فيقيدهما معا ولا يستطيع أحدهما الرجوع على الآخر بشىء ، واما أن لا يعتبر كذلك فلا يحول دون استفادة وزارة الأوقاف من نقض الحـكم الحاصل بناء على طعن وزارة الداخلية ، وحينئذ لا يكون هناك دين ولا تضامن وتكون وزارة الأوقاف قد دفعت ما هو غير واجب عليها ويجوز لها الرجوع به على المدعية ، وعلى ذلك لا يكون هنـاك تضـامن فى كلا الفرضين ، وكان يتعين على المحكمة على الأقل أن تستنبط نية التنـازل عن التضامن من هذه الظروف الواضحة الدلالة .

٢ — أما اعتراض المحكمة الخاص بما يترتب على التنازل عن التضامن من نتيجة شاذة فى علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض . فيلاحظ بشأنه أولا أنه لا يرد على التنازل الضمنى وحده بل ينطبق أيضا على التنازل الصريح الذى سلمت المحكمة فى الاعتراض الأول بجوازه . وهذا وحده كاف لابطال هذا الاعتراض ، اذ لا مبرر لاجازة المساس بحق المدينين المتضامنين فى رجوع بعضهم على بعض بحصة المعسرين منهم اذا كان التنازل عن التضامن صريحا . وعدم اجازة ذلك اذا كان التنازل ضمنيا • والواقع أن الحكم فى كلتا الحالين يجب أن يكون واحدا ، ويمكن تصورد فى ثلاثة حلول مختلفة ، أبعدها عن العدالة ذلك الحل الذى تصورته المحكمة ، وذلك فوق مخالفته لنص صريح فى القانون المصرى (المادة ١٨٣/٢٤٦ مدنى) •

وبيان ذلك أنه اذا تنازل الدائن عن التضامن بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين (ولنفرض عددهم ٥) ثم أعسر أحد المدينين الآخرين ، كان لمن وفى الدين الرجوع على كل من المدينين الآخرين بنصيبه فى أصل الدين (الخمس) ، وبحصته فى نصيب المعسر (الخمس مقسما على الأربعة الموسرين حسب التعهد الأصلى أى ١/٢٠) •

(أ) فالرأى الذى ارتأته المحكمة فى مثل هذه الحال أن يمتنع على من وفى الدين الرجوع بحصة من أعفى من التضامن فى نصيب المعسر (١/٢٠) • وغنى عن البيان أن فى هذا الرأى غبنا على الموفى لعدم مساواته بزملائه المتضامنين معه ، ثم لو فرضنا امكان المساواة وتوزيع نصيب المعفى من التضامن (١/٢٠) على الثلاثة الموسرين ، فيكون فى هذا الحل أيضا مساس بحق هؤلاء الثلاثة ، لأنه يلزمهم بأكثر مما تعهدوا به عند التضامن فى الدين ، لا لشىء الا لرغبة الدائن فى اعفاء أحد المدينين من التضامن •

(ب) لذلك يبدو أقرب الى العدالة أن يتحمل الدائن نفسه بحصة المدين المعفى من التضامن فى نصيب المعسر (١/٢٠) ، لأن اسقاط

التضامن من عمله . فلا يجوز أن يحمل نتيجته لغيره . وقد كان هذا رأى بوتييه (كتاب الالتزامات نبذة ٢٧٥) . وأخذ به قانون كيبيك فى المادة ١١١٩ مدنى .

(جـ) ولكننا لا نستطيع التسليم بأن الدائن اذا ما أعفى أحد المدينين من التضامن يكون قد قصد أن يتحمل هو بحصة ذلك المدين فى نصيب المعسرين ، لأنه فى الغالب يكون قد أراد أن يخلص المدين من رابطة التضامن بغير أن يلحق بنفسه ضررا . ثم اذا حللنا علاقة التضامن كما بينا ذلك ورأينا فيها حقا للدائن فى مطالبة كل من المدينين بكامل الدين . وحقا آخر للمدينين فى رجوعهم بعضهم على بعض بنصيب كل منهم فى الدين الأصلى وبحصة كل منهم فى نصيب المعسرين . سهل علينا أن نرى أن اسقاط التضامن من جهة الدائن لا يرد الا على حقه هو ، ولا يمس حق المدينين فى الرجوع بعضهم على بعض ؛ وبناء على ذلك يجوز فى المثال السابق رجوع الموفى على من أعفى من التضامن بحصته فى نصيب من أعسر (وهى ١/٢٠ من أصل الدين) ؛ وقد نص المشرع الفرنسى والمشرع المصرى على ذلك صراحة (المواد ١٨٣/٢٤٦/١٢١٥) ، وجاء نصهما بأقرب الحلول الى العدالة . فما كان أغنى المحكمة عن هذا الاعتراض .

٣و٤ — أما الاعتراضان الثالث والرابع فلا يستقيمان مع طبيعة التضامن . والغرض من انشائه . فمن المسلم به أن التضامن يجعل كلا من المتضامنين فى علاقته بالدائن مدينا أصليا بكل الدين (بلانيول جـ ٢ ص ٢٣٩ نبذة ٧٤١ . جوسران جـ ٢ ص ٣٧٠ نبذة ٧٦٤) . والغرض من ذلك التزامه شخصيا بوفاء كل الدين بغير احالة على شركائه المتضامنين معه ؛ وذلك تسهيلا للدائن وتوفيرا عليه فى المطالبة والاجراءات . ولو صحت نظرية المحكمة فى اعتبار كل واحد من المتضامنين مدينا أصليا بمقدار نصيبه فقط ووكيلا عن الآخرين فى أداء باقى الدين ، وجب القول بأن كلا منهم يجوز له أن يقتصر على وفاء نصيبه من الدين واحالة الدائن على باقى المدينين . ولا يخفى أن فى هذا القول اهدارا لفكرة التضامن

نفسها وتفويتا للغرض المقصود منها . وهو تمكين الدائن من مطالبة أى واحد من المدينين بكامل الدين تخلصا من تعدد المطالبات والاجراءات • نعم ان الدائن ليس مكلفا أن يستعمل هذه المزية التى يخولها له التضامن . بل يجوز له أن يطالب كل واحد من المدينين أو أى واحد منهم بنصيبه فى الدين فقط ، ولكنه يصح أن يفرض فيه التنازل عن التضامن ما لم يحتفظ بحقه فيه ، ويكون مرجع ذلك كله الى القاضى يستنبطه من قرائن الأحوال مادام ليس فى القانون نص عليه • ولكن لا يجوز للقاضى أن يقرر بصفة مبدئية أن التضامن لا يسقط بغير نص صريح •

٢ — دعوى الضمان الفرعية ، أيجوز توجيهها من أحد المحكوم عليهم بالتضامن ضد الآخرين ؟ (*) : من المسلم به أن المحكوم عليهم بالتضامن يجوز الزام أى واحد منهم بوفاء جميع الدين للدائن . على أن يكون لمن قام بالوفاء حق الرجوع على باقى المحكوم عليهم كل منهم بقدر حصته . ويثبت له هذا الحق قانونا من وقت قيامه بالوفاء فعلا ، لا بمجرد الحكم عليه بالتضامن • أما قبل ذلك فلا حق له فى رجوع ، ومن باب أولى لا يجوز لأحد المدعى عليهم أن يستعمل قبل الحكم عليه حقه فى الرجوع على باقى المدعى عليهم ، بتوجيه دعوى الضمان الفرعية اليهم ، لأن حقه فى الرجوع لم يوجد بعد ، ولأن دعوى الضمان الفرعية لا توجه الا الى خصم غير داخل فى الدعوى الأصلية ، وقد سبق أن انتقدنا حكما صادرا من محكمة النقض مخالفا لهذه المبادىء الأساسية (راجع تعليقاتنا فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ — ١ — ٣٣٩) •

وقد أصدرت محكمة النقض هذا العام حكما آخر سلك مذهب الحكم السابق ، فرأينا أن نشير اليه مع الاحالة على تعليقاتنا السابقة •

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد نوفمبر ١٩٣٧ ص ١٠٣٥ .

حصل شخص على حكم مشمول بالنفـاذ المؤقت بكفـالة . وقام المحضر بتنفيذ الحكم على مسئولية الطالب ، غير أنه لم يتنبه الى عدم ايداع الكفالة ، ثم ألغى الحكم المنفذ به فى الاستئناف ، وأراد المنفـذ ضده المطالبة بتعويض ، ولما ظهر له أن قلم المحضرين قام بالتنفيذ مع عدم ايداع الكفالة ، رفع دعوى التعويض على طالب التنفيذ وعلى المحضر وعلى وزارة الحقانية متضامنين . فحكم له عليهم جميعا بالتضامن . غير أن الوزارة كانت قد دفعت بأن مسئولية النفاذ المؤقت تقع على طالبه ، وبأن مسئوليتها هى عن اهمال المحضر فى طلب الكفالة مسئولية غير مباشرة مفروضة عليهـا قبل من وقع عليه ضرر التنفيـذ لضـمان حصوله على التعويض من طالب التنفيذ ، ولا تنفى أن هذا الأخير هو المسئول أولا وآخرا عما نشأ عن التنفيذ من أضرار تستوجب التعويض ، وبناء على ذلك وجهت اليه دعوى الضمان الفرعية للحكم عليه بما تكون قد دفعته . رفضت محكمة الموضوع قبول دعوى الضمان الفرعية فى هذه الظروف ، ولكن محكمة النقض ألغت حكمها فيما يتعلق بذلك : وعدلته بقبول دعوى الضمان الفرعية ، وقالت فى تبرير ذلك :

« حيث ان المسئول عن هذا التنفيذ هو طالب التنفيذ نفسه وقـد نفذه فعـلا تحت مسئوليته وعلى احتمال بقائه قائما أو الغـائه . أما مسئولية المحضر الذى باشر التنفيـذ كوكيل عن طالب التنفيـذ وبدون التفات الى ما كان يجب عمله من مراعاة الاجراءات التى نصت عليهـا المادتان ٣٩٩ و ٤٠٠ من قانون المرافعات بشأن كفالة التنفيذ المعجل ، هذه المسئولية لا تتحقق الا اذا ثبت عند التنفيذ بالتعويض على المطعون ضده الثانى المحكوم عليه أيضا والمسئول أصليا عن الضرر أنه لم يكن لديه من المال ما يفى بالسداد كله أو بعضه ، وعندئذ يحق للمحضر وللوزارة التابع هو لها عند قيام أيهما بسداد ما حكم به من التعويض الرجـوع

على ه ... الذى كان سببا فى حصول الضرر المحكوم من أجله بالتعويض.

« وحيث انه يبين مما تقدم أن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون فى رفضه دعوى الضمان التى وجهتها الطاعنة ضد المطعون ضده الثانى

وطلبت فيها الحكم لها بما تكون قد دفعته عنه ويتعين نقض هذا الحكم فى الشق الخاص برفض دعوى الضمان مع تعديله فى منطوقه والقضاء بحق رجوعها على المطعون ضده الثانى بما تكون قد سددته عنه » (نقض مدنى ١١ مارس ١٩٣٧ المحاماة ١٧ — ١٠٣٤ — ٥٢٦) .

ونحن لا يسعنا أن نقر محكمة النقض على ما ذهبت اليه فى هــذا الحكم وفى سابقه ، ونرى من الخطأ توجيه دعوى الضمان الفرعية الى خصم حــاضر فى الدعوى الأصلية . وكــان الأصوب أن تطلب وزارة الحقانية من المحكمة أن تقرر ملزومية طالب التنفيذ بكامل التعويض وعدم ملزوميتها هى بشىء منه فى علاقتها به بالرغم من قيام التضامن بينهــا وبينه ازاء طالب التعويض . فتحكم المحكمة بذلك ويكون حكمها أساسا لرجوع الوزارة ، اذا نفذ طالب التعويض عليها وحدها دون طالب التنفيذ الملزم أصلا بالتعويض بأكمله .

٣ — أثر الاضراب فى فسخ عقد العمل (*) : أجازت المادة ٤٠٤ مدنى لكل من طرفى عقد العمل المعينة مدته فسخ العقد فى أى وقت أراد بشرط أن يكون ذلك فى وقت لائق للفسخ . وكثيرا ما يقع الفسخ عقب اضراب العمال وانقطاعهم عن العمــل مــدة من الزمن طالت أو قصرت ، فهل يعتبر الفسخ فى هذه الحالة واقعا من جهة العامل أم من جهة رب العمل ، وعلى من منهما تترتب مسئوليته اذا كان وقوعه فى وقت غير لائق ؟

قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الاضراب فى ذاته ومهمــا كان الباعث عليه يعتبر فسخا لعقد العمل من جانب العامل لأنه يمنع الاستمرار فى تنفيذ ذلك العقد ، وبأن أثره فى الفسخ لا ينفيه قصد العامل الاحتفاظ بحقه فى العودة الى تنفيذ ذلك العقد مستقبلا (نقض فرنسى مدنى ١٥

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة السابعة . عــــدد نوفمبر سنة ١٩٣٧ ص ١٠٤٢ .

مايو ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ — ١ — ٣٦٩ سيرى ١٩٠٨ — ١ — ٤١٧ ، ٢٨ يونيه ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ — ١ — ٤٤٩ سيرى ١٩١٢ — ١ — ١٨٥ وتعليق ليون كان ، عرائض ٢٨ يوليه ١٩٢٤ دالوز الأسبوعى ١٩٢٤ ص ٥٤٢ ؛ مدنى ٢٦ ديسمبر ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٨٠) ، وبأنه اذا رفض رب العمل قبول العامل الذى اشترك فى الاضراب فلا مسئولية عليه فى ذلك ؛ ولا يمكن اعتباره فاسخا للعقد فى وقت غير لائق ؛ لأن الفسخ انما وقع أصلا باضراب العامل .

غير أن أكثر الشراح الفرنسيين انتقدوا ما ذهبت اليه المحاكم ؛ ورأوا فى الاضراب مجرد وقف لعقد العمل لا فسخا له ؛ لأن الفسخ عمل ارادى يصدر عن الفاسخ بنية الفسخ ، والاضراب ليس كذلك ، اذ أن العامل بانقطاعه عن العمل لا ينوى فسخ العقـد القائم بينه وبين رب العمل ؛ بل يقصد تحقيق فكرة جالت بخاطره فيما يتعلق بشروط العمـل وظروفه سواء أكانت تلك الفكرة خطأ أم صوابا ، وبناء على ذلك لا يجوز لرب العمل اعتبار العقد منفسخا بمجرد الاضراب . والامتناع عن قبول العامل بعد اضرابه ، والا كان امتناعه فسخا فجائيا للعقد موجبا مسئوليته (بلانيول وريبير ج ٢ نبذة ١٨٩٦ مكررة ، بودرى لاكنتيزى وفال ج ٢ نبذة ٢٩٦٣ ؛ جوسران ج ٢ نبذة ١٢٨٥ ؛ بيك فى شرح التشريع الصناعى نبذة ٣١٠ وما بعدها) .

وقد توسطت محكمة الأزبكية الجزئية الأهلية بين الرأيين ؛ فـلا هى أخذت برأى القضاء الفرنسى باعتبار الاضراب فاسخا للعقد ، ولا هى اكتفت بأن ترتب عليه وقف العقد فقط كما هو رأى الشراح ؛ بل قالت انها ترى مبدئيا أن اضراب العامل وانقطاعه عن أداء عمله قد يعتبر من جانبه فسخا لعقد العمل ؛ وبهذا لا يكون هناك وجه لمطالبة صاحب العمل بالتعويض لا عن الفسخ الفجائى ولا عن الفسخ بدون مسوغ مشروع . غير أنها ترى أن هذا الفسخ لا يقع الا فى حالة الاضراب الذى يمتـد بحيث يظهر منه بجلاء أن العامل قد اعتبر عقده مفسوخا وأنه قد انصرف عن العمل نهائيا . أما الاضراب الذى لا يتعدى مظهر الاعلان عن التذمر

من شروط عقد العمل بحيث تكون لدى العامل نية الرجوع الى العمل فى الحال اذا تبين له عزم صاحب العمل على فصله فلا يترتب عليه الفسخ بل مجرد وقف عقد العمل (الأزبكية الجزئية ٢٠ فبراير ١٩٣٦ المحاماة ١٧ — ٩١٤ — ٤٥٩) .

غير أن محاولة المحكمة الجمع بين الرأيين المتعارضين لا تكفى لدفع اعتراض الشراح الفرنسيين . اذ أن اضراب العمال يقصد به عادة الحصول على مطالب معينة ، وقد تختلف مدته طولا وقصرا . لا بحسب نية العامل العودة الى العمل أو الانصراف عنه ، بل بحسب الظروف المحيطة به . ومنها اصرار رب العمل على رفض تلك المطالب . ومقدار أمل العمال فى الوصول الى غايتهم ، وما يلقونه من مؤازرة ومعاضدة فى سبيل ذلك . فامتداد الإضراب ليس دليلا على نية العامل الانصراف عن عمله بل بالعكس من ذلك يدل على شدة استمساكه بمطالبه ، وعلى احتفاظه بعمله وبنية العودة اليه من باب أولى بمجرد تحقيق هذه المطالب . بل ان هذه النية قد تذهب به الى حد الاعتداء على غيره من زملائه الذين يقبلون العمل قبل اجابة مطالبهم ، وعلى العمال المستجدين الذين يرى رب العمل تعيينهم للاستعاضة بهم عن المضربين . فالقول بأن الاضراب اذا امتد دل على نية العامل فى فسخ عقده مخالف للواقع ، ولا يمكن الأخذ به . فضلا عن ترتيب الآثار القانونية عليه .

والثابت من القضية التى فصلت فيها محكمة الأزبكية أن المدعى لم يضرب عن عمله سوى يومين ، ولم يقصد بانقطاعه عنه فسخ العقد . بل مجرد التذمر من تخفيض أجره . ولكن المدعى عليه بادر الى فصله من عمله بخطاب أرسله اليه ، بغير أن يعطيه مهلة للبحث فيهاعن عمل آخر . فرأت المحكمة أحقية المدعى فى مطالبة المدعى عليه بتعويض مقابل فسخ العقد فسخا فجائيا أى بغير اعطائه مهلة ، وأنكرت عليه حق المطالبة بتعويض على أساس أن المدعى عليه فسخ العقد بدون مسوغ مشروع ، ذلك لأنها اعتبرت أن اضراب المدعى يعد مسوغا لفسخ العقد من ناحية المدعى عليه .

ونحن اذا أخذنا عبارة المحكمة على ظاهرها خيل الينا أنها هدمت بيمناها ما بنته باليسرى الا النذر اليسير منه . فهي بعد أن رفضت أن ترتب على الاضراب فسخ العقد من جانب العامل . عادت فاعتبرته مسوغا مشروعا لفسخ العقد من جانب رب العمل بشرط اعطاء العامل المهلة المألوفة فى أحوال الفسخ • ولا فرق بين الرأيين الا من حيث حق العامل فى أجره عن مدة تلك المهلة . وليس هذا الفرق شيئا مذكورا بالنسبة الى حقه فى الاستمرار فى عمله • فالرأى الذى أخذت به المحكمة لا يختلف فى الواقع كثيرا عن ذاك الذى أنكرته •

وليس معنى هذا أننا نقصد ترجيح كفة العامل بالزام رب العمل بابقائه فى عمله بالرغم من اضرابه مهما كانت ظروف ذلك الاضراب . بل اننا نرى أن الاضراب يصح أن يعتبر مسوغا لفسخ العقد من جانب رب العمل بشرط أن يكون اضرابا غير مشروع ، كأن يكون العامل غير محق فيه أو متعسفا أو مخطئا فى تقدير ظروفه أو متداخلا فيما لا علاقة له بعمله . كما لو كان الباعث على الاضراب سياسيا . أو كأن يفاجىء رب العمل بالاضراب بغير اخطار سابق . الخ • ففي جميع هذه الأحوال يعتبر العامل مقصرا فى تنفيذ تعهداته . ويترتب على تقصيره جواز فسخ العقد من جانب رب العمل وفقا للقواعد العامة (جوسران جـ ٢ نبذة ١٢٨٦) • واذا اختار رب العمل استعمال حقه فى الفسخ وجب عليه مراعاة حكم المادة ٤٠٤ واعطاء العامل مهلة للبحث عن عمل آخر . اذ لا يكفى أن يكون الفصل بمسوغ ، بل يجب أيضا ألا يقع فى وقت غير لائق •

واذا طبقنا ذلك على وقائع القضية التى فصلت فيها محكمة الأزبكية ، تعذر علينا أعتبار اضراب العامل مدة يومين احتجاجا على تخفيض أجره اضرابا غير مشروع ، يترتب عليه جواز فسخ العقد من ناحية رب العمل . بغير مسئولية عليه فى ذلك لو كان قد راعى اعطاء العامل مهلة قبل فصله . اذ أن مثل هذا الاضراب أحق أنواع الاضراب بالمشروعية وبحماية القانون له ، فاذا أنكرنا عليه هذه الحماية كان أولى بنا أن نسلم بأن كل اضراب غير مشروع ، وهو ما لم يقل به أحد قط •

ويجدر بنا أن نذكر أن المحكمة لم تفتها — فيما ذهبت اليه — النتيجة العملية فى القضية التى فصلت فيها ، فميزت بين التعويض عن الفصل المفاجىء وبين التعويض عن الفسخ بغير مسوغ ، وحكمت بالأول دون الثانى . فلو أنها اعتبرت اضراب العامل فى هذه الحالة مشروعا ، لأصبح فصله بغير مسوغ ، وتعين عليها مضاعفة مبلغ التعويض تبعا لذلك .

٤ — تعليق على حكم القاهرة الابتدائية ١٦ يناير ١٩٥٤ بجواز رفع دعوى مبتدأة ببطلان حكم نهائى (*) :

المبادىء القانونية :

١ — انه وان كانت المادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ قد نصت على طريقة خاصة لابلاغ الدعوى الى الخصم ، فانه متى كان المدعى عليه من رجال الجيش وجب أن يكون اعلانه عن طريق النيابة لتسلمه الى قائد الوحدة التابع هو لها عملا بالمادة ١٤ فقرة ٧ مرافعات .

٢ — انه وان كان القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ قد بسط الاجراءات لحكمة رآها المشرع وهى انهاء الخصومات من أقرب طريق ، الا أن المشرع كان حريصا على ألا يتصل اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الا بعد التثبت من علم طرفى الخصومة قبل الجلسة المحددة بخمسة أيام على الأقل . فاذا كان الثابت أن هذا الاخطار لم يصل الى المدعى فلا يمكن أن يحتج عليه بهذا الاجراء افتراضا ، ولا تكون الدعوى قد اتصلت فعلا بالمحكمة عن طريق الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ .

(*) منشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة ١٩٥٤ : العدد ١٦ ص ٣٢٤ وما بعدها من قسم القضاء .

٣ ــ يترتب على عدم اعلان طلب الاخلاء الى الخصم بعد تقديمه الى قلم الكتاب بطلان الحكم الذى صدر بناء على هــذا الطلب وجواز الطعن فى هذا الحكم بدعوى بطلان مبتدأة •

الموضــوع :

أقام المدعى دعواه طالبا فيها الحكم ببطلان صحيفة الدعوى والحكم الصادر فى القضـــية رقم ١١٧٤ سنة ١٩٥٢ كلى مصر (دائرة رابعــة ايجارات) واعتباره كأن لم يكن • وكان الحكم المذكور قد قضى باخلاء المدعى من الشقة التى يسكنها دون أن تكون صحيفه افتتاح الدعوى قــد أعلنت اليه تمكينا له من ابداء دفاعه بالجلسة •

المحــكمة :

وحيث انه يبين من الاطلاع على القضية المضمومة رقم ١١٧٤ سنة ١٩٥٢ كلى مصر أن المدعى عليه (المدعى فى الدعوى الحالية) من رجــال الجيش ، ولذلك فان اعــلانه يكون من طريق النيــابة لتسلمه الى قائد الوحدة التابع لها عملا بالمادة ٧/١٤ مرافعات الا أن النيابة ردت الأوراق دون اعلان وذلك لعدم الاستدلال على اسم الضابط المراد اعلانه •

وحيث ان المدعى عليه رفع الدعوى بقوله ان القــانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ قد نظم الاجراءات التى تتبع فى رفع هذه الدعاوى بالمادة ١٥ منه وهو طلب يقدم الى قلم الكتاب الذى يقوم بابلاغ طرفى الخصومة تاريخ الجلسة بعد أن يرفعه الى رئيس الدائرة ، وأنه مفهوم من هــذا النص أن الطلب الذى يقدم لا يعتبر ورقة من أوراق المحضرين وأنه اذا كانت المحكمة قد كلفت المدعى باعلان المدعى عليه فان هــذا يعد تزيدا لا يقدح فى صحة اجراءات الدعوى مادام الاخطار المنصوص عليــه فى المادة ١٥ قد تم صحيحا •

وحيث ان المحكمة لا تستطيع مجاراة المدعى عليه فى دفاعه للأسباب الآتية :

(أولا) انه وان كان القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ — قد بسط الاجراءات لحكمة رآها المشرع وهى انتهاء الخصومات من أقرب طريق الا أن المشرع كان حريصا على ألا يتصل اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الا بعد التثبت من علم طرفى الخصومة بمضمون الطلب وتاريخ الجلسة وذلك بابلاغ يقوم به قلم الكتاب لطرفى الخصومة قبل الجلسة المحددة بخمسة أيام على الأقل • فاذا كان الثابت أن هذا الاخطار لم يصل الى المدعى فلا يمكن أن يحتج عليه بهذا الاجراء افتراضا ، ولا تكون الدعوى قد اتصلت فعلا بالمحكمة عن طريق الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ •

(ثانيا) ان المادة ٧ مرافعات تقضى بأن كل اعلان أو تنبيه أو اخبار أو تبليغ أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك فاذا لم تعلن الورقة الى الخصم بواسطة المحضر وبالطريق القانونى فالقانون يفترض عدم علم الخصم بما تضمنته ولو ثبت بصورة قاطعة تسرب مضمونها الى علمه بطريقة لا تقبل الشك •

(ثالثا) ان الثابت من الأوراق أن المدعى عليه وقد أيقن أن الأخطار المنصوص عليه فى المادة ١٥ من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ لم يصل الى المدعى ، فقد تكفل بنفسه ايصال الاعلان اليه بالطرق المعتادة المنصوص عليها فى قانون المرافعات الا أنه لم يقبل أو بمعنى أوضح أن الاعلان لم يصح كما هو واضح من كتاب النيابة اذ أن الاعلان قد وقف عند استلام النيابة له ولم يسلم الى قائد الوحدة التابع لها المدعى باعتباره من رجال الجيش لعدم الاستدلال عليه ومن ثم فلا يعتبر هذا الاعلان صحيحا ولا يضار به المدعى •

(رابعا) انه لا يجدى المدعى عليه تقدم المدعى بشكوى ادارية شرح فيها المدعى انتفاء حالة الضرورة وذلك لأن المادة ٢٦ مرافعات تنص على أنه يزول البطلان اذا نزل عنــه من شرع لمصلحته أو اذا رد على الاجراء بما يدل على أنه اعتبره صحيحا أو قام بعمل أو اجراء باعتباره كذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام اذ أنه ليس فى تقديم الشكوى المذكورة ما يفيد علم المدعى بالدعوى التى يطلب بطلان الحكم الصادر فيها .

وحيث انه لمـا تقدم تكون دعوى المدعى صحيحة ويتعين الحـكم ببطلان الحكم الصادر فى القضية رقم ١١٧٤ لسنة ١٩٢٥ .

(محكمة القاهرة الابتدائية ، الدائرة الرابعــة ايجارات برياسة القاضى كامل سيدهم وعضوية القاضيين محمــود منتصر وعبــد المنعم الغرابلى . القضية ١٧٩ سنة ١٩٥٣) .

تعليق : قرر هذا الحكم ثلاثة مبادىء فى غاية الأهمية : (١) انه فى المنازعات الناشئة عن تطبيق القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٧ يتعين اذا كان المدعى عليه من رجال الجيش ابلاغه بالطلب الذى ترفع به الدعوى من طريق النيابة ورئاسة الوحدة التابع هو لها وفقــا للمادة ١٤ / ٧ مرافعات (*) . (٢) انه اذا لم يصل اليه هذا الابلاغ المذكور قبــل الجلسة المحددة بخمسة أيام على الأقل تكون الاجراءات باطلة ويستتبع بطلانها بطلان الحكم . (٣) انه متى وقع الحكم باطلا جاز الطعن فيــه بدعوى بطلان مبتدأة .

١ — أما عن المبدأ الأول فنرى أنه محل نظر ، لأن نص المــادة ٧

(*) يضاف الى ذلك ان قضاء النقض اقتضى فى ذلك ان يكون الخصم يعلم علما يقينيا بكون خصمه من رجال الجيش (نقض مدنى ١٠ مايو فى الطعن رقم ٣٥٨ سنة ٤٩ ق ، و ١٥ فبراير ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض ٢٩ — ٤٨٤ — ٩٥ ، ١٥ مارس ١٩٧٨ مجمــوعة أحــكام النقض ٢٩ — ٧٥٩ — ١٤٩ ، و ١٦ نوفمبر ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨ — ١٦٩٣ — ٢٩١) .

مرافعات الذى يقضى بأن كل اعلان أو تنبيه أو اخبار أو تبليغ أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك قد قرر قاعدة عامة واستثنى منها الأحوال التى ينص فيها القانون على أن يكون الاعلان أو الاخبار أو الابلاغ بطريق آخر غير طريق المحضرين ، ولأن حكم المادة ١٤ فقرة ٧ الخاصة بطريقة تسليم رجال الجيش صورة الاعلان الذى يوجه اليهم عن طريق المحضرين لا يسرى فى الأحوال المستثناة التى يتم فيها الاعلان دون واسطة محضر ، ولأن المادة ١٥ فقرة ثالثة من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ قد رسمت طريقا خاصا لاعلان صحف الدعاوى الناشئة عن تطبيق هذا القانون هو أن « يقوم قلم الكتاب بابلاغ طرفى الخصومة مضمون الطلب وتاريخ الجلسة قبل الموعد المحدد لها بخمسة أيام على الأقل بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول » • وقد جاءت عبارة هذه المادة فى صيغة واضحة مطلقة ليس فيها ذكر للمحضرين ولا احالة على القواعد الخاصة بالأوراق التى تعلن من طريقهم ولا تقييد لها بأحكام قانون المرافعات ، مما يدل على أن المشرع قصد استثناء الاعلانات الخاصة بهذا النوع من الدعاوى من أحكام قانون المرافعات المتعلقة باعلان أوراق المحضرين ، وبالتالى فان اعلان رجال الجيش وغيرهم بالدعاوى الناشئة عن تطبيق القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ يكفى فيه أن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول يرسله اليهم قلم كتاب المحكمة •

ومن الغريب أن يكتفى الحكم موضوع هذا التعليق فى ابلاغ الخصم بالطلب الذى ترفع به الدعوى ولو كان هذا الخصم من رجال الجيش أن يصل الى علمه قبل الجلسة المحددة بخمسة أيام على الأقل وفقا لحكم المادة ١٥ من قانون ايجار الأماكن وأن لا يشترط اعلانه قبل الجلسة بثمانية أيام كما يقضى بذلك قانون المرافعات ثم لا يكتفى فى هذا الابلاغ بأن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول كما تقضى به تلك المادة ذاتها وأن يتطلب أن يكون ذلك الابلاغ من طريق المحضرين وأن تسلم صورة الاعلان الى النيابة لتسليمها الى قائد الوحدة التى يتبعها المعلن اليه وفقا لأحكام قانون المرافعات • وفيما عدا ذلك فانا نقر الحكم

موضوع التعليق علي اعتبار ابلاغ الخصم مضمون الطلب الذى ترفع به الدعوى اجراء جوهريا يترتب على عدم حصوله بطلان الحكم . لأن الدعوى لا تتصل بالمحكمة ولا يعتبر الموضوع معروضا عليها فيما يتعلق بالمدعى عليه الا اذا أخطر هذا بمضمون الدعوى وبالجلسة المحددةلنظرها وكلف الحضور أمام المحكمة لسماع الحكم فى موضوعها • وقد نصت المادة ٩٥ مرافعات على أنه اذا لم يحضر المدعى عليه الجلسة الأولى حكمت المحكمة فى غيبته بعد التحقق من صحة اعلانه • فجعلت شرط جواز الحكم فى غيبة المدعى عليه التحقق من صحة اعلانه • فاذا لم يكن المدعى عليه قد أعلن اعلانا صحيحا وجب تأجيل الجلسة لاعادة اعلانه ولم يجز الحكم فى غيبته والا وقع الحكم باطلا •

٣ — أما جواز الطعن فى هذا الحكم بدعوى بطلان مبتدأة ، فمسألة فى غاية الدقة • ذلك أن الأحكام التى تصدر فى المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون ايجار الأماكن هى بنص القانون المذكور أحكام نهائية غير قابلة لأى طعن • وقد قرر المشرع ذلك رغبة منه فى سرعة حسم هذه المنازعات واستقرار العلاقات بشأنها بين المؤجرين والمستأجرين • غير أن لذلك خطورة تظهر بوجه خاص فيما لو وقع الحكم باطلا لأى سبب من أسباب البطلان كما فى الحالة التى صدر فيها الحكم موضوع التعليق أى حالة عدم اعلان الخصم بمضمون الدعوى وبتاريخ الجلسة • فان هذا الحكم يكون باطلا قانونا ومع ذلك فلا يجوز فيه بنص التشريع الاستثنائى أى طعن • أفيكون معنى ذلك أنه يجب تنفيذه بالرغم من التسليم بوقوعه باطلا ؟ أم انه لابد من طريقة لابطاله ومنع تنفيذه احتراما للقانون الذى خولف والذى استوجبت مخالفته بطلان الحكم ؟ واذا كانت الطرق المقررة للطعن فى الأحكام عادية كانت تلك الطرق أو غير عادية ممنوعة بنص القانون أفيمكن الالتجاء فى ذلك الى رفع دعوى مبتدأة ببطلان الحكم كما ترفع دعوى بطلان أى عقد من العقود ؟

اننا نقدر دقة موقف المحاكم من هذه الأسئلة ونرى فيها تفسير ما ذهب اليه الحكم موضوع هذا التعليق من اجازة الطعن فى الحكم الباطل

بدعوى مبتدأة كما يجوز ذلك فى العقد الباطل . ولو أنه لا يسعنا اقراره. ذلك أن الحكم قد نظر الى مصلحة المدعى عليه والى ما تقتضيه العدالة من عدم تنفيذ حكم صادر ضده مشوب بعيب جوهرى يستتبع بطلانه . ولكن حماية المصلحة الخاصة وتحقيق العدالة ليسا هدف القانون الوحيدين . وانما يهدف القانون قبل كل شىء الى الموازنة بين المصالح المتعارضة وتغليب الأهم منها على المهم . ولا شك فى أن مصلحة المحكوم ضده بحكم باطل فى عدم تنفيذ هذا الحكم مصلحة جديرة بالرعاية ولكن أهم منها المصلحة العامة فى احترام الأحكام النهائية وعدم جواز المنازعة فى صحتها بعد أن تصير نهائية ، لأن فتح الباب للمنازعة فى ذلك بدعوى مبتدأة يجعل المنازعات لا تنتهى عند حد بل تدور فى حلقة مفرغة فكلما استنفدت طرق الطعن فى حكم ترفع عنه دعوى بطلان مبتدأة وتتبع فى الحكم الذى يصدر فيها سلسلة الطعون المختلفة وتصدر فيها أحكام عدة . ثم ترفع دعوى بطلان مبتدأة عن كل هذه الأحكام وهكذا دواليك . وظاهر أن ذلك ليس فى مصلحة العدالة أو استقرار التعامل وأنه لا يساعد الا المشاغبين ولا يمكن لأى قانون أن يسيغه لأن المصلحة العامة تقتضى وضع حد للمنازعات ولو كان من شأن ذلك تضحية المصالح الخاصة لبعض الأفراد فى حالات نادرة كالحالة التى نحن بصددها الآن (أنظر فى هذا المعنى كتابنا فى شرح قانون ايجار الأماكن الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ ص ٢٤٨) .

وقد حاولت محكمة مصر فى حكم سابق لها أن تضع المسألة وضعا قانونيا بحتا بحيث يبدو أنها لا تتأثر فيه بمصلحة المحكوم ضده أو بشعور العدالة فحسب فقالت فى ٢٧ فبراير ١٩٥٣ انه لا محل مطلقا للقول بأن دعوى البطلان الأصلية لا ترفع أمام دائرة الايجارات المشكلة طبقا للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بحجة أنها قد استنفدت ولايتها بالحكم نهائيا فى موضوع النزاع وهو حكم غير قابل لأى طعن بنص المادة ١٥ من القانون المذكور ، لا محل مطلقا لهذا القول ، لأن صدور الحكم الذى تستنفد به هذه المحكمة ولايتها يشترط فيه صحة الاجراءات المتبعة فيه

من وجهة نظـرها . فضلا عن أن موضوع دعوى البطـلان يختلف عن موضوع النزاع الأصلى الصادر فيه الحكم المطعون فيه ، وهو ما لم ينص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على تحريم نظره . وعلى ذلك تكون دعوى البطـلان الأصلية مقبولة أمام هـذه الدوائر (المحـاماة ٣٣ — ١٣٠٠ — ٥٦٣) .

وعندى أن هذه المحاولة — بالرغم مما يحـدوها من شعور طيب ومما تذرعت به من حجج خلابة — ليست موفقة من الناحية القـانونية ويسـهل دحضها . ذلك أن القول بعدم جواز الطعن فى الأحـكام بدعوى بطلان مبتدأة لا يستند الى استنفاد المحـكمة ولايتها ولا الى حجيـة الأحكام والى الدفع بسبق الفصل حتى يمكن دحضه بما أورده هـذا الحكم الأخير من حجج . وانما هو يستند كما قدمنا الى المصلحة العامة فى وضع حد للمنازعات ، وفى اعتبار الحكم النهائى عنوانا نهائيا للحقيقة القضائية (أنظر كتابنا فى أصول الاثبات الطبعة الثانية سنة ١٩٤٤ ص ٢٨٠ وما بعدها) .

ولذلك يكاد فقه المرافعات يجمع على أنه لا يجوز الطعن فى الأحكام بدعوى بطلان مبتدأة أو بدفع ولو كان الحكم باطلا لعيب شكلى فيـه متعلق باصداره أو تحريره أو تشكيل المحكمة التى أصدرته أو البيانات الواجب ذكرها فيه أو كان مبنيا على اجراء باطل لم يسقط الحق فى طلب ابطاله (محمد حامد فهمى فى المرافعات سنة ١٩٤٠ ص ٤٦٥ نبذة ٦٤٦ . عبد المنعم الشرقاوى فى المرافعات سـنة ١٩٥٠ ص ٥٣٣ نبـذة ٣٨٨ ؛ العشماوى فى المرافعات ج ٢ رقم ٧٦٥ — ٧٦٧ والمراجع المشار اليها فيه) .

غير أن بعض الشراح والأحكام يفرقون بين الأحكام الباطلة والأحكام المنعدمة ، ويقولون ان الأخيرة ليست لها صفة الأحكام ولا خصائصها ومن ثم يجوز طلب الحكم ببطلانها كالحكم الذى يصدر من شخص زالت عنه ولاية القضاء أو من هيئة مكونة من قاضيين بدلا من ثلاثة قضـاة والحكم الذى لا يوقع عليه رئيس الهيئة التى أصدرته ولا كاتبها والحكم

الذى يصدر على شخص توفى أثناء سير الخصومة (الشرقاوى فى المرجع السابق . والعشماوى فى نبذة ٧٦٦ هامش ص ٥٤٢) .

وقد قررت محكمة القضاء الادارى فى ٥ ديسمبر ١٩٥١ (مجموعة أحكام مجلس الدولة ٦ — ١١١ — ٥٠) المبدأ الذى ندافع عنه وأشارت الى التفرقة التى يقول بها هذا الفريق الأخير من الشراح (*) ولو أنها كانت فى غنى عن هذه الاشارة بعد أن قطعت بأن الحكم الذى كان مطلوبا منها تقرير بطلانه لم يكن حكما معدوما وانما كان من الأحكام التى تعتبر باطلة فحسب : أى أنه على أحسن الفروض لم يكن يجوز الطعن فيه بدعوى بطلان مبتدأة (أنظر هذا الحكم فى كتابنا شرح قانون ايجار الأماكن الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ هامش ص ٢٤٩) وكذلك الحال فى الحكم الذى صدر بشأنه الحكم موضوع هذا التعليق لأن صدور الحكم دون اعلان الخصم ان كان يجعل الحكم باطلا فانه لا يسمح باعتباره معدوما وبالتالى لا يجيز الطعن فيه بدعوى بطلان مبتدأة .

٥ — تعليق على حكم مصر الابتدائية (عمال) فى حق رب العمل فى اعادة تنظيم عمله بسبب أزمة اقتصادية وحقه فى فصل العمال لهذا السبب (**) :

(*) يضاف أيضا ١٨ فبراير ١٩٦١ فى الطعن رقم ٧٧٠ سنة ٥ ق ، و ٢١ نوفمبر ١٩٧٠ فى الطعن رقم ٥٠٤ سنة ١٤ ق ، و ١٧ يونيه ١٩٧١ فى الطن رقم ٥٩٣ سنة ٢٤ ق ، و ٧ يونيه ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٥٣٧ سنة ٢٢ ق منشورة فى مجموعة المبادىء القانونية التى أقرتها المحكمة الادارية العليا فى ١٥ عاما (١٩٦٥ — ١٩٨٠) الجزء الثانى أرقام ٤١٠ و ٤١٢ و ٤١٣ . وأيضا نقض مدنى ١٦ مايو ١٩٦٧ فى الطعن رقم ٢١٦ سنة ٣٣ ق مجموعة أحكام النقض ١٨ — ٩٩٧ — ١٤٩ ، و ٧ مارس ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ — ٣١١ — ٤٩ ، و ١٣ أبريل ١٩٧٧ فى الطعن رقم ١٦ سنة ٤٤ ق مجموعة أحكام النقض ٢٨ — ٩٦٢ — ١٦٤ ، و ٢٧ أبريل ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨ — ١٠٦٠ — ١٨٢ و ١٤ فبراير ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض ٣٠ — ١ — ٥٢٠ — ١٠٠ .

(**) منشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة (١٩٥٣/١٩٥٤) ص ٣٩ وما بعدها من قسم القضاء .

(ابتدائى القاهرة فى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٣) :

(أ) عقد العمل — حق رب العمل فى تنظيم عمله — فصل بعض العمال واصابتهم بضرر من ذلك — لا مسئولية الا اذا كان الفصل غير مشروع (المادة ٥ مدنى) •

(ب) حق العامل المفصول دون مبرر — التعويض فقط عن الفصل التعسفى — لا حق له فى اعادته الى عمله •

(ج) أزمة اقتصادية — ضرورة ملجئة للاقتصاد فى الوظائف — فصل مشروع •

المبادىء القانونية :

١ — ان الأصل فى التشريع هو أن رب العمل فى سبيل ادارة عمله مطلق الارادة فى تشغيل من يشاء وفصل من يشاء ولا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر مادام أنه استعمل حقه استعمالا مشروعا • وهذا هو المبدأ الذى أورده المشرع بالمادة ٤ من القانون المدنى لا يحد من ذلك الا القيود التى نص عليها المشرع بالمادة ٥ من القانون سالف الذكر •

٢ — اذا تم الفصل فى احدى الحالات المذكورة فى المادة ٥ فان حق العامل المضرور يتحصل فى تعويض . له أن يطالب به ، وتقدره المحكمة حسب الأحوال نفاذا لنص المادة ١٦٣ من القانون المدنى ، ولا يكون للعامل الحق فى طلب الغاء فصله واعادته الى عمله الا اذا كان فصله مكونا للجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٣ من القانون رقم ٣١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن نقابات العمال •

٣ — اذا ساءت الحالة الاقتصادية فى البلاد وأدت الى ركود بعض الأعمال والى اضطرار أصحاب الأعمال الى ايقافها أو التخفيف منها ، فلا

يعتبر استغناء صاحب العمل عن بعض عماله فى هذه الحالة فصلا تعسفيا مادام لم يثبت العامل المفصول بدليل قاطع وجود هذا التعسف •

تطبيق : ١ — ان عقد العمل غير معين المدة يجوز لكل من عاقديه انهاؤه بشرط اخطار العاقد الآخر برغبته فى ذلك وامهاله مدة معينة يتدبر أمره فيها (المادة ٦٩٤ فقرة ثانية مدنى) ، ويعتبر تخويل العاقدين هذا الحق متعلقا بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافه ، لأن ذلك يجعل العقد مؤبدا ، ويتضمن النزول عن حرية العمل ، وهى من الحقوق العامة التى لا يجوز النزول عنها •

وبناء على ذلك يكون لرب العمل فى عقد العمل غير معين المدة حق انهاء العقد ، أى حق فصل العامل ، بشرطين اثنين فقط : أولهما مستمد من طبيعة عقد العمل ومن النصوص الخاصة بهذا العقد وهو ضرورة اخطار العامل بذلك قبل تاريخ فصله بشهر واحد بالنسبة الى العمال المعينين بأجر شهرى وبسبعة أيام بالنسبة الى العمال الآخرين (المادة ٣٦ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ فى شأن عقد العمل الفردى) • والثانى مشترك بين جميع أنواع الحقوق وهو أن لا يكون استعمال الحق غير مشروع (المادة ٥ مدنى) •

فاذا أخطر رب العمل العامل بفصله وأمهله المدة القانونية . ولم يكن متعسفا فى فصله ، لم يسأل عن الأضرار التى تصيب العامل بسبب انهاء عقده أو فصله من عمله ، لأن المرء لا يسأل عن الأضرار التى تصيب الغير من استعماله حقا له استعمالا مشروعا (المادة ٤ مدنى) • وغاية الأمر أنه يلتزم بمنح العامل مكافأة عن مدة خدمته تحسب طبقا للقواعد التى وضعتها لذلك المادة ٣٧ من قانون عقد العمل الفردى المذكور •

أما اذا استعمل رب العمل حقه فى فصل العامل دون مراعاة شروط الاخطار فى المدة المعينة فى المادة ٣٦ من ذلك القانون ، ألزم أن يؤدى الى العامل تعويضا مساويا لأجر العامل عن مدة المهلة أو الجزء الباقى

منها (المادة ٣٦ فقرة ثانية من قانون عقد العمل الفردى والمادة ٦٩٥ فقرة أولى مدنى) .

واذا استعمل رب العمل حق الفصل استعمالا غير مشروع . أى استعمالا يدخل فى أحد الأنواع التى نصت عليها المادة ٥ مدنى . كـان استعماله اياه استعمالا خاطئا . فاذا ترتب عليه ضرر للعامل . اعتبر فعلا ضارا يستوجب مساءلة رب العمل على أساس المـادة ١٦٣ المقررة للمسئولية التقصيرية .

ويثبت للعامل فى هذه الحالة الحق فى التعويض عن الفصل المكون للفعل الضار . سواء كان رب العمل قد راعى فى هذا الفصل شرط الاخطار فى المدة القانونية أو لم يراعه .

وبناء على ذلك يمكن أن يثبت للعامل فوق حقه فى المكافأة عن مـدة خدمته المقررة له بمقتضى المادة ٣٦ من قانون عقد العمل الفردى الحق فى التعويض عن عدم الاخطار والحق فى التعويض عن اساءة استعمال الحق فى الفصل أو أحد هذين الحقين فقط دون الآخر .

وقد نصت على ذلك المادة ٦٩٥ فقرة ثانية مدنى حيث قررت أنه « اذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر . الى جانب التعويض الذى يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة الاخطار ، الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخا تعسفيا . ويعتبر الفصل تعسفيا اذا وقع بسبب حجوز أوقعت تحت يد رب العمل ، أو وقع هذا الفصل بسبب ديون يكون العامل تد التزم بها للغير » .

ومن جهة أخرى نصت المادة ٣٩ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ الخاص بعقد العمل الفردى على أنه « اذا فسخ العقـد بلا مبرر كان للطرف الذى أصـابه ضرر من هـذا الفسخ الحق فى تعويض تقـدره المحكمة ... » . ولكن المشرع لم يعرف الفسخ الذى يعتبر بلا مبرر ولم

تبين المذكرة الايضاحية ذلك . فجاز التساؤل عما اذا كان الفسخ بلا مبرر هو الفسخ التعسفي الذى نصت عليه المادة ٦٩٥ مدنى (أى اساءة استعمال حق الفسخ)، أم شيئا آخر ، وعما اذا كان يقع على العامل المفصول عبء اثبات أن الفسخ حدث دون مبرر كما يقع عليه عبء اثبات التعسف فى استعمال حق الفسخ أم أن هذا العبء يقع على رب العمل بمعنى أنه يكون هو المكلف اثبات مبرر الفسخ .

أما قصد المشرع بالفسخ دون مبرر فيمكن الاستدلال عليه من المادة ٣٠ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ ذاته ومن الأعمال التحضيرية للقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ ومن أحكام القضاء السابقة على ذلك والتى قصد المشرع تقنينها فى التشريعين سالفى الذكر .

فالمادة ٣٠ فقرة ثانية من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ تنص على أنه « اذا رأت السلطة المختصة عدم تقديم العامل للمحاكمة أو قضى ببراءته وجبت اعادته الى عمله ، والا اعتبرت عدم اعادته فصلا تعسفيا ينطبق عليه حكم المادة ٣٩ » ، مما يدل على أن المقصود بالفسخ دون مبرر المذكور فى المادة ٣٩ انما هو فى واقع الأمر الفصل التعسفى الذى نصت المادة ٣٠ على احدى صوره والذى قررت المادة ٦٩٥ فقرة ثانية مدنى جزاءه بوجه عام ثم خصت بالذكر بعض صوره الأخرى (فى هذا المعنى الأستاذ على العريف فى شرح قانون عقد العمل الفردى سنة ١٩٥٣ ص ١٣٣) .

ومما يؤيد ذلك أيضا أن عبارة الفسخ بلا مبرر الواردة فى المادة ٣٩ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ قد نقلت حرفيا عن نص المادة ٢٢ فقرة ثالثة من القانون السابق رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ ، ولكن أصل هذه الفقرة الأخيرة فى المشروع الذى كانت الحكومة قد قدمته للبرلمان كان يقضى بأنه « يجوز أن يمنح الطرف الذى أصابه ضرر من اساءة استعمال حق الفسخ تعويضا تقدره المحكمة ... » فاعترض أصحاب الأعمال على هذا التعبير بمقولة انه يفتح باب التقاضى على مصراعيه ، فعدل المشروع

فى البرلمان دون مناقشة الى النص الذى ورد فى القانون وهو الفسخ بلا مبرر (أنظر فى ذلك راغب بطرس فى شرح قانون عقد العمل ص ١٧٠ . وأنظر على العريف فى شرح قانون عقد العمل الفردى ص ١٢٤ ، زكى بدوى فى شرح تشريع العمل فى مصر ص ١١٢ ، حامد زكى فى ايجار الأشياء وايجار العمل طبعة ١٩٤٥ ص ١٥٢) .

ومن قبل ذلك كانت المحاكم قد مهدت الطريق للمشرع بالتوسع فى تطبيق حكم المادة ٤٠٤/٤٩٢ مدنى قديم التى كانت تنص على « الفصل فى وقت غير لائق » ، فجعلت هذه العبارة تشمل فوق حالة الفصل دون اخطار حالة الفصل دون مبرر renvoi injustifié وكانت تقصد بالحالة الأخيرة حالة الفصل التعسفى أو اساءة استعمال حق الفصل .

ومن هذا القبيل ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة باطراد من أنه « فى أحوال الفصل دون مبرر يكون أساس التعويض اساءة رب العمل استعمال حقه فى فصل العامل » (استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر ١٩٢٨ البيلتان س ٤١ ص ٤٠ ، ٨ ديسمبر ١٩٣١ الغازيت ٢٢ ص ٣٨٧ رقم ٤١٢ ، ١١ يناير ١٩٣٣ ، أول فبراير ١٩٣٣ ، ٢٩ مارس ١٩٣٣ ، ٣ مايو ١٩٣٣ ، ١٨ أبريل ١٩٣٤ خمسة أحكام فى غازيت المحاكم المختلطة ٢٤ ص ٤١٣ رقم ٤٧٦ وما بعدها . وفى هذا المعنى أيضا بحث للأستاذ لوسيان باروا فى العدد ذاته من مجلة الغازيت المذكورة ص ٤٠١ وما بعدها) .

وما قضت به محكمة استئناف القاهرة من « أن القضاء جعل الفصل فى وقت غير لائق يشمل أيضا الفصل بدون سبب وأن أساس التعويض فى هذه الحالة الأخيرة اساءة استعمال الحق من جانب السيد » . (استئناف مصر ٢٨ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة س ١٢ ص ٩٧٧ رقم ٤٨٧ . ٨ مارس ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ٣١١ رقم ١١٩ ، الاسكندرية ٣٠ يناير ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ١٦٢ رقم ٧٩) .

لذلك نرى أن حكم محكمة القاهرة لشئون العمال محل هذا التعليق قد أصاب كبد الحقيقة اذ قرر أن الأصل أن رب العمل مطلق الحرية فى فصل العامل وأنه لا يسأل عما ينشأ عن ذلك من ضرر مادام أنه استعمل حقه استعمالا مشروعا . وأن هذا هو المبدأ الذى أورده المشرع بالمادة ٤ من القانون المدنى لا يحد منه الا القيود التى نص عليها المشرع بالمادة ٥ من القانون سالف الذكر . وهى المادة التى بينت الأحوال التى يعتبر فيها استعمال الحق استعمالا غير مشروع . (قارن فى هـذا المعنى أيضـا استئناف مصر ٥ فبراير ١٩٥٣ المحاماة ٣٣ ص ١٢٨٠ رقم ٥٥٨) .

٣ — ومتى أصبح مسلما أن رب العمل لا يسأل عن فصل العـامل الا اذا استعمل حقـه فى ذلك استعمالا غير مشروع . وأن المسئولية عن الفصل دون مبرر ليست شيئا آخر سوى ذلك ، صار من السهل تعيين الأحوال التى يسأل فيها رب العمل عن استعماله حق الفصل وتحديد من يقع عليه عبء الاثبات وبيان ما يترتب على فصل العامل فصلا غير مشروع من حقوق للأخير .

ولقد فصل الحكم موضوع هذا التعليق فى جميع هذه المسائل بعبارة موجزة صريحة موفقة كل التوفيق ، فقرر أولا أن رب العمل لا يسأل الا اذا تم الفصل فى احـدى الحـالات المذكورة فى المـادة ٥ مدنى وهى (أ) حـالة استعمال حق الفصل لمجـرد الاضرار بالعـامل المفصول (ب) حالة الفصل لتحقيق مصالح قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع مـا يصيب العامل المفصول من ضرر بسبب فصله (ج) حالة الفصل لتحقيق مصالح غير مشروعة .

وقرر الحكم ثانيا أنه اذا تم الفصل فى احدى الحالات المذكورة ، فانه يخول العامل المفصول الحق فى التعويض طبقا للمادة ١٦٣ ، ومعنى ذلك أن الفصل فى هذه الحالات يستتبع مسئولية رب العمـل مسئولية تقصيرية ، وهو مطابق لمـا انعقد عليه اجماع الفقـه والقضاء من أن المسئولية عن اساءة استعمال الحقوق . حتى ما كان منها ناشئا عن عقود ،

تعتبر مسئولية تقصيرية (فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ص ٨٤٣ نبذة ٥٥٨ ، مازو جـ ١ نبـــذة ٥٥٩ ، نقض ٢٨ نوفمبر ١٩٤٦ مجمـــوعة القواعد القانونية جـ ٥ ص ٢٥٩ رقم ١٤٤) .

ويستتبع اعتبار هذه المسئولية تقصيرية خضوعها للقواعد العامة فى الاثبات ، وهى تقضى بأن على مدعى المسئولية وهو العامل المفصول فى هذه الحالة أن يثبت : (١) ما أصابه من ضرر ، (٢) وخطأ رب العمل فى فصله أى أن رب العمل قد استعمل حقه فى فصل العامل استعمالا غيـــر مشروع يندرج تحت احدى الحالات المذكورة فى المادة ٥ ، (٣) وعلاقة السببية بين ما أصابه من ضرر واســـاءة استعمال رب العمل حقـــه فى الفصل .

وبذلك يعتبر الحكم محل هذا التعليق أنه قد فصل فى خلاف طال أمده فى القانون الفرنسى بشأن من يقع عليه عبء اثبات اساءة استعمال حق الفصل ، حتى اقتضى تدخل المشرع الفرنسى غير مرة ، فأخذ هذا الحكم فى ذلك بما تقضى به القواعد العامة وما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية من الزام العامل الذى يدعى بمسئولية رب العمل عن فصله باثبات التعسف فى هذا الفصل وعدم الزام رب العمل بأن يثبت هو ما يبرر فصل العامل (راجع فى هذا الشأن بلانيول وريبير الموجز جـ ٢ طبعة سنة ١٩٤٩ نبذة ٢٩٨٣ ، كولان وكابيتان جـ ٢ الطبعة الثامنة ص ٦٧٥ و ٦٧٦ نبذة ٧٥٠ ونقض فرنسى ١٣ فبراير ١٩٢٨ غازيت القضاء ١٩٢٨ — ١ — ٦٨٣ والأحكام الأخرى المشار اليها فى المرجع المذكور) .

وقرر الحكم ثالثا أن الفصل دون مبرر أو الفصل التعسفى يقتصر أثره على أن يخول العامل المفصول الحق فى التعويض فقط وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية ولا يخوله الحق فى طلب الغاء فصله واعادته الى عمله الا اذا كان فصله مكونا للجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٣ من القانون رقم ٣١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن نقابات العمال .

وفى هذا أيضا قد وفق الحكم موضوع هذا التعليق كل التوفيق ، وليس ذلك لأن قواعــد المسـئولية التقصيرية تقضى حتمــا بأن يكون التعويض فى جميع الأحوال نقديا وتأبى أن يكون عنــد الامكان عينيــا بازالة الضرر فعلا أو وقفه مستقبلا ، بل لأن طبيعة عقد العمل وما ينشأ عنه من علاقة بين العامل ورب العمل تقتضى أن تقوم هذه العلاقة على استمرار التفاهم والتعاون بين الطرفين ، فلا يجوز ارغام أحدهما على بقائه مرتبطا بالآخر رغم ارادته ، فوق أنه فى الحياة العملية يتعــذر تعاون الطرفين مادام أحدهمــا غير راغب فى استمرار العقد (فى هــذا المعنى على العريف فى شرح قانون عقد العمل الفردى سنة ١٩٥٣ ص ١٢٧) .

وقد راعى المشرع نفسه ذلك حتى فى تشريعاته الأكثر رعاية لجانب العمال ، فانه عندما نص فى المادة ٦٩٥ مدنى على فسخ العقد بتعسف وفى المادة ٣٩ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ على فسخ العقد بلا مبــرر لم يرتب عليهما سوى حق العامل فى التعويض ، وعندما نص فى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٣ — الذى أضاف به الى القانون سالف الذكر المادة ٣٩ مكرر — على حق العامل الذى يفصل من العمل بغير مبرر فى أن يطلب وقف تنفيذ هذا الفصل بصفة مستعجلة ، نص صراحة على أنه اذا أجاب قاضى الأمور المستعجلة العامل الى طلبه ، تعين عليه أن يحيل القضــية الى المحكمة المختصة لتفصل فى موضوعها بالتعويض ان كان له محل ، وعلى أنه يجوز للمحكمة أن تقضى باعادة العامل المفصول الى عمله اذا كان فصله مكونا للجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٣ من القانون رقم ٣١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن نقابات العمال ، أى ان المشرع نفسه اعتبــر الأصل عدم جواز اعادة العامل المفصول الى عمله رغم ارادة رب العمل ، ولم يستثن من ذلك الا حالتين اثنتين : أولاهما حالة الحكم بوقف تنفيذ قرار الفصل مؤقتا الى حين البت فى موضوع الدعوى بالتعويض أو عدمه . ولا غضاضة من ذلك فى هذه الحالة لأن رب العمل يستطيع أن يتفادى الاصطدام بالعامل المفصول بأن يكتفى بأن يدفع له مرتبه مدة نظــر

الدعوى الموضوعية دون اعادته الى العمل فعلا ، والثانية هى الحالة التى يكون فيها رب العمل قد تحدى القانون واعتدى على حقوق العامل النقابية ذلك الاعتداء الذى تعتبره المادة ٢٣ المذكورة جنحة معاقبا عليها بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تزيد على مائة جنيه ، فأراد المشرع أن يضيف الى هذه العقوبة الجنائية جزاء آخر هو ارغام رب العمل على اعادة العامل المفصول لشئون نقابية اعادة ليست مؤقتة فحسب بل نهائية . وقد أشار الحكم محل هذا التعليق الى هذه الحالة باعتبارها استثناء من مبدأ عدم أحقية العامل المفصول فى طلب الغاء فصله واعادته الى عمله .

٣ — وأخيرا وفى ضوء ما تقدم من مبادىء عرضت المحكمة الى احدى الصور العملية لاستعمال حق الفصل ، وهى صورة سوء الحالة الاقتصادية العامة أو صورة ركود بعض أعمال رب العمل مما يضطره الى وقف العمل أو نقصه أو اعادة تنظيمه بشكل يوائم الحالة الاقتصادية ولو اقتضى ذلك الاستغناء عن بعض عماله ، فقررت أن استغناء رب العمل عن بعض عماله فى هذه الظروف لا يعد فصلا تعسفيا مادام لم يثبت العامل المفصول بدليل قاطع وجود هذا التعسف .

والواقع أن المحكمة كانت من الناحية القانونية فى غنى عن الاشارة الى الظروف التى اضطرت رب العمل الى الاستغناء عن بعض عماله ، اذ كان يكفيها أن تبنى حكمها على عجز العامل المفصول عن تقديم الدليل القاطع على تعسف رب العمل فى فصله لأن القاعدة العامة فى الاثبات تقضى بأن البينة على من ادعى ، ولأن العامل هو المدعى بالمسئولية فيجب عليه أن يثبت خطأ رب العمل فى اقدامه على فصله أو اساءته استعمال حق الفصل ، والا رفضت دعواه .

وبعبارة أخرى فان رب العمل لا تتحقق مسئوليته وفقا للقواعد العامة الا اذا أقام العامل المفصول الدليل القاطع على أن رب العمل قد سلك فى فصله مسلكا لا يسلكه الرجل المعتاد أو على أنه استعمل حق

الفصل فى احدى الحالات المذكورة فى المادة ٥ مدنى • والى أن يقيم العامل هذا الدليل القاطع لا يطالب رب العمل باثبات أى شىء وانما يكون له الحق فى مناقشة الأدلة التى يقدمهـا العامل ودحضها أولا فأولا ، حتى يتفادى اقتناع القاضى بها •

فاذا استند رب العمل الى الظروف الاقتصادية العامة أو الى ظروف مؤسسته الخاصة التى اضطرته الى استعمال حقه فى اختزال أعماله أو فى اعادة تنظيمها ولو أدى ذلك الى الاستغناء عن بعض عماله ، فانمـا يكون ذلك منه استعمالا لحقه فى دفع المسئولية عن نفسه لا قياما بعبء اثبات يفرضه عليه القانون • وهو يكون فى غنى عن استعمال هذا الحق الى أن يقيم العامل الدليل على الخطأ أو التعسف •

أما دفع المسئولية استنادا الى مثل هذه الظروف فيرجع الى أن هذه الظروف تعتبر بمثابة القوة القاهرة أو الضرورة التى تلجىء الشخص الى سلوك معين هو سلوك الرجل المعتاد اذا ما وجد فى مثل هذه الظروف • ولا نزاع فى أن الرجل المعتاد اذا ساءت حالة بعض أعماله فانه يلجـأ الى اعادة تنظيمها وتوجيهها وجهة أخرى تتفق مع الحالة الاقتصادية . فيضم أقلاما الى أخرى اقتصادا فى النفقات ، ويستغنى عن بعض الأعمال التى صارت مزاولتهـا غير مربحة وينشىء أعمـالا جديدة يرجى لهـا النجاح فى الظروف المستحدثة • وهو فى مباشرة ذلك يكون له مطلق الحرية فى تنظيم أعماله كما يشاء وفى الاحتفـاظ بمن يشاء من العمـال لمزاولة نشاطه حسب التنظيم الجديد وفى الاستغناء عمن لا عمل لهم بحسب هذا التنظيم ولو اقتضاه الأمر تعيين عمال جدد تتوافر فيهم مؤهلات وكفايات خاصة يقتضيها العمل الجديد ولا تتوافر فى العمال المستغنى عنهم •

وهذا يطابق ما جرى به القضاء وذهب اليه الفقه عندنا من قبـل . فقد اطرد قضـاء محكمة الاستئناف المختلطة على أن « نقص الأعمـال يبرر الاستغناء عن بعض المستخدمين ، على أن يمهل المستخدمون المستغنى عنهم المهلة الكافية » (١٥ مارس ١٩٢٢ البيلتان س ٣٤ ص ٢٣٥، ٢٧٠

يناير ١٩٠٩ البيلتان س ٢١ ص ١٣٤ ؛ ٢٦ ديسمبر ١٩٣٤ البيلتان س ٤٧ ص ٧٤) • بل ان بعض الأحكام قضت بأن سوء حالة المؤسسة المالية اذا كان معلوما منذ زمن للمستخدمين فيها ، فانه يعفى صاحب المؤسسة من واجب اخطار العمال قبل فصلهم لأنه يجعل هذا الفصل أمرا متوقعا من آن الى آخر (عابدين الجزئية ١٥ نوفمبر ١٩٤٩ المحاماة س ٣١ ص ٨٢٤ رقم ٢٥١) • وأخذ بذلك الدكتور حامد زكى فى كتابه عن ايجـار الأشياء وايجار العمل طبعة سنة ١٩٤٥ حيث قال فى ص ١٥٦ : « واذا رجعنا الى أحكام القضاء فى هذا الشأن وجدنا أنها تعتبر سببا مشروعا للفصل خيانة الخدم وعدم اطاعة رؤسائهم بشكل ظاهر واجراء تخفيض فى عدد المستخدمين بسبب أزمة اقتصادية حادة ••• » •

ويقول الأستاذ على العريف فى كتابه شرح قانون عقد العمل الفردى طبعة سنة ١٩٥٣ ص ١٢٥ و ١٢٦ : « انه فيما يتعلق بحالة توفير بعض العمال بسبب قلة الأعمال أو بسبب استخدام الآلات ، فالرأى الراجح أمام المحاكم هو حرية صاحب العمل فى رفت من يشاء من عماله بدون التقيـد بأقدمية أو كفاءة أو خلافه ، لأنه أدرى بمصلحته وهو المسئول وحده عن نجاح أو فشل المحل فضلا عن أن حسن التفاهم مسألة شخصية ، فلا تتقيد بكفاءة أو أقدمية » •

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن « رب العمل يملك وحده — فى اعادة تنظيم أعماله على الوجه الذى يراه — تقدير الظروف التى تقتضيه الغاء بعض الوظائف التى أصبح العمل فى غنى عنها ، واذا كانت أهميـة الخدمات التى أداها العامل المفصول أو طول مدة خدمته يمكن مراعاتهما فى تقدير مبلغ التعويض الذى يستحقه العـامل فى حالة فصله فصـلا تعسفيا ، فانهما لا يكفيان وحدهما لتأسيس الحق فى التعويض » (نقض فرنسى مدنى ٢٧ نوفمبر ١٩٣٥ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ ص ٥٠ ، ٢٤ فبراير ١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ ص ١٧٧ سيرى ١٩٣٦ — ١ — ١٧٢ ، وأيضا نقض ١٠ مايو ١٩٣٣ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ ص ٣٧٨ ، نقض ٢٨

ديسمبر ١٩٣٢ حكمان فى غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٤٠١ وأنظر فى تأييد هذا القضاء مازو جـ ١ نبـذة ٥٨٤ والمراجع العـديدة التى أشار اليها) •

على أنه يرد على هذا المبدأ بلا شك تحفظ مفهوم ضمنا ، ذلك أن يكون فصل العامل راجعا الى استغناء العمل بحسب التنظيم الجديد عن خدمات مثله • أما اذا ثبت أن رب العمل انتهز فرصة ذلك التنظيم ليستبدل بأحد عماله عاملا آخر مماثلا له فى صلاحيته للعمل الجديد وقدرته عليه دون أن يوجد أى وجه لمؤاخذة العامل المفصول مؤاخذة تستوجب الفصل ، كان رب العمل فى ذلك مخطئا وحقت عليه المسئولية (*) •

٦ — تعليق على حكم ابتدائى مصر ايجارات فى حق المالك فى طلب الاخلاء للهدم واعادة البناء بشكل أوسع (**) :

٢ أبريل ١٩٥٣ فى القضية ٤٦٠٥ سنة ١٩٥٢ كلى مصر :

تعليق : يتناول هذا الحكم مسألتين متعلقتين بطلب اخلاء المكـان المؤجر بسبب الرغبة فى هدمه واعادة بنائه بشكل أوسع عملا بالمادة الثانية من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ • وهاتان المسألتان هما : (١) مدى تقيد المالك أو عدم تقيده فى هذا الطلب بمدة الاجارة المتفق عليهـا فى العقد ، (٢) وبيان المقصود باعادة البناء بشكل أوسع •

(*) وقد تم ادخال عدة تعـديلات على قوانين العمـال المشار اليها وأحدثها المعمول به الان هو القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ المنشور فى الجريدة الرسمية العدد ٣٣ تابع فى ١٣ اغسطس ١٩٨١ والمعدل بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٨٢ المنشور فى الجريدة الرسمية العدد ٢١ فى ٢٧ مايو ١٩٨٢ •

(**) منشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة (١٩٥٣/ ١٩٥٤) ص ٩٤ من قسم القضاء .

ففيما يتعلق بهذه المسألة الأخيرة ، استقر قضاء المحاكم على أن شرط اعادة البناء بشكل أوسع يعتبر متوافرا متى كان البناء الجديد يشتمل على عدد أوفر فى المحلات أو المساكن من المبنى المطلوب هدمه (مصر الابتدائية ١٢ أكتوبر ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ — ٧٨٩ — ٤٢٨ ، الاسكندرية الابتدائية ١١ ديسمبر ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٣ — ٥٠٥ — ١٥٤) .

وذهبت بعض المحاكم الى أن استعمال الحق فى طلب الاخلاء لهذا السبب مشروط بأن يكون البناء الجديد على مساحة أوسع أو بارتفاع أكبر من البناء المطلوب اخلاؤه (مصر الابتدائية ٢٦ سبتمبر ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ — ١٠٧٧ — ٤٤٥ ، الاسكندرية الابتدائية ٢٢ يوليه ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٣ — ٣٩٥ — ١٢٥) . فجاء الحكم موضوع هذا التعليق معززا القضاء السابق اذ قرر أن التوسعة المطلوبة تتوافر بزيادة الارتفاع وزيادة عدد المساكن والمحلات وأنه لا محل لاشتراط زيادة فى مساحة المبنى الجديد لأن هذا الشرط لا يستند الى نص من نصوص القانون .

أما فيما يتعلق بالمسألة الأولى ، فان الحكم موضوع التعليق قد خالف ما جرى عليه قضاء المحاكم قبل ذلك حيث كانت المحاكم تقضى بأن على المالك الذى يرغب فى هدم البناء واعادته بشكل أوسع أن ينتظر لذلك حتى تنتهى مدة العقد الاتفاقية أو المجددة حتى لا يحرم المستأجر من مزية عقده الذى عول عليه (أنظر بوجه خاص مصر الابتدائية ٣ نوفمبر ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ — ١٠٨٢ — ٤٥١ ، ١٩ فبراير ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ — ٥٠٨ — ٢٧٨) .

فجاء الحكم الجديد قاضيا بأن المالك لا يتقيد فى ذلك بانتهاء مدة العقد بل يجوز له فى أى وقت طلب الاخلاء لاعادة البناء بشكل أوسع والحصول على حكم باخلاء العين فعلا من المستأجر قبل أن تنتهى مدة عقد الأخير .

وقد استند هذا الحكم فيما ذهب اليه الى حجج لا نراها مقنعة البتة • فهو يقول (أولا) أن المشرع اذ نص فى المادة الثانية من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على اعتبار الرغبة فى الهدم لاعادة البناء بشكل أوسع من المسوغات التى تجيز طلب الاخلاء استثناء من الحكم الذى أورده فى صدر تلك المادة لم يفرق بين هذا المسوغ والمسوغات الأربعة الأخرى التى نصت عليها المادة المذكورة ولم يعلق فى جميع الحالات المنصوص عليها فى هذه المادة الحكم بالاخلاء على انتهاء مدة عقد الايجار وأنه لم يفعل ذلك عن سهو بل عن عمد لأن بعض هذه الأسباب يرجع الى مخالفات تعاقدية من جانب المستأجر يترتب عليها فسخ العقد وبعضها يرجع الى طبيعة المكان وحالته التى تستدعى تدخلا سريعا لحماية الساكنين ، والأخيرة منها (وهى الرغبة فى الهدم لاعادة البناء بشكل أوسع) قصد بها المصلحة العامة والاسراع فى اقامة مبانى جديدة تحقق التوسعة التى تفرج أزمة المساكن •

وهذا القول مردود بأن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وما سبقه من تشريعات استثنائية كان هدفها جميعا حماية المستأجرين ضد عسف المؤجرين ، ولذلك كان الحكم الرئيسى الذى جاءت به هذه التشريعات هو تقرير امتداد عقود الاجارة السارية وسلب المؤجر حق انهاء تلك العقود أو حق طلب اخلاء الأماكن المؤجرة عند انتهاء مدتها ، ثم استدرك المشرع على ذلك واستثنى من مبدأ امتداد الاجارة امتدادا قانونيا الى حين صدور تشريع آخر يضع حدا لهذا الامتداد بعض حالات رأى فيها ما يسوغ للمؤجر أو للمالك استعمال حقه الأصلى فى طلب انهاء العقد واخلاء العين المؤجرة . وكانت هذه الحالات المستثناة أول الأمر مقصورة على حالة التأخر فى سداد الأجرة وحالة اساءة استعمال العين المؤجرة وحالة الضرورة الملجئة ، ثم أضاف القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٤٦ الى النص الذى كان يتضمن الحالتين الأوليين حالة التأجير من الباطن دون اذن من المالك ، وأضاف القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ اليه حالتين جديدتين أولاهما حالة العين المؤجرة التى أصبحت آيلة للسقوط وثانيتهما حالة

رغبة المالك فى هدم المكان المؤجر واعادة بنائه بشكل أوسع • ومن الواضح أن المشرع اذ أضاف هذه الأسباب الأخيرة الى المادة التى كانت تنص على السببين الأولين انما قصد الحاقها بهما فى اعتبارها مسوغات للاخلاء استثناء من حكم الامتداد القانونى ولم يقصد التسوية بينهما جميعا فى أحكامها التفصيلية ، أى أنه قصد بذلك أن يرتب على هذه المسوغات رفع الحماية الخاصة التى أسبغها التشريع الاستثنائى على المستأجرين ولم يقصد أن يرتب عليها رفع الحصانة التى يتمتع بها المستأجرون بحكم القواعد العامة الا بالقدر الذى تقره هذه القواعد ذاتها • وظاهر أن القواعد العامة تجيز فسخ الايجار قبل انتهاء مدته لأى سبب من الأسباب الأربعة الأولى التى نصت عليها المادة الأولى وهى التأخر فى سداد الأجرة واساءة استعمال العين المؤجرة والتأجير من الباطن دون اذن كتابى من المالك وسوء حالة العين المؤجرة متى أصبحت آيلة للسقوط ، ولكنها لا تجيزه فى الحالة الخامسة وهى حالة الرغبة فى الهدم لاعادة البناء بشكل أوسع • فاذا كان يجوز القول بأن المالك لا يتقيد بمدة العقد فى أربع الحالات الأولى لأن القواعد العامة نفسها تسمح له بذلك ؛ فان هذا القول لا يصح فى الحالة الخامسة لأن القواعد العامة لا تسمح به (راجع كتابنا فى شرح قانون ايجار الأماكن سنة ١٩٥١ نبذة ٢٣) •

أما القول بأن المشرع قصد التسوية بين حالة الهدم لاعادة البناء والحالات الأخرى المنصوص عليها فى المادة الثانية من القانون تغليبا للمصلحة العامة فى تفريج أزمة المساكن على مصلحة الفرد الخاصة ؛ فانه يتعارض مع الروح العامة التى أملت التشريع الاستثنائى • فقد قدمنا أن الهدف الذى رمى اليه المشرع بهذا القانون هو حماية المستأجر من عسف المؤجر بتقييد حقوق الأخير وسلطاته وفرض بعض التضحيات عليه رعاية لمصالح المستأجر بل رعاية للمصلحة العامة فى عدم تشريد جمهور المستأجرين ؛ فلا يتفق مع هذه الروح القول بأن المشرع أجاز فى هذه الحالة سلب حقوق المستأجر التى يخولها اياه القانون العام قبل التشريع الاستثنائى وتخويل المؤجر مزية خطيرة لا حق له فيها بمقتضى

القواعد العامة . هذا فضلا عن أن المشرع لو أراد هـذا الخروج على القواعد العامة لتعين أن ينص عليه صراحة . وهو لم يفعل ذلك فـلا يصح أن تنسب اليه هذه الارادة .

أما الحجة الأخيرة التى استند اليها الحكم موضوع التعليق فهى أن المشرع لو أراد احترام مدة العقد فى حالة طلب الاخلاء للهدم واعادة البناء لنص على ذلك صراحة كما نص عليه فى المادة الثالثة بشأن الاخلاء للضرورة الملجئة ، وان عدم نصه على ذلك ليس معناه ترك الأمر للقواعد العامة لأنه لو اعتبر مجرد عدم النص بمثابة احالة على القواعد العـامة لاستغنى فى المادة الثالثة عن النص على عدم جواز طلب الاخلاء بسبب الضرورة قبل انتهاء مدة العقد .

وهذه الحجة بشقيها مردودة بما سبق أن بيناه من أن قصد عدم تقييد المالك بمدة العقد هو الذى كان يحتاج الى نص لا العكس ، وبأن النص فى المادة الثالثة على احترام مـدة العقود فى حالة الاستناد الى الضرورة الملجئة لم يقصد به ايجاب احترام هده المدة الواجب احترامها بحكم القانون العام بل أريد به الزيادة فى ذلك بامهال المستأجر سـتة أشهر اذا كانت المدة الباقية من العقد أقل من ذلك ، ولولا هذا القصد الأخير لما احتاج الأمر الى النص فى المادة الثالثة على احترام مدة العقد .

لذلك نرى أن الأحكام السابقة كانت على حق فى تقييد المـالك فى استعمال حق الأخلاء للهدم واعادة البناء بوجوب انتظار نهاية المدة المتفق عليها فى العقد أو المدة المجددة ، وأن الحكم موضوع هذا التعليق قد جانب الصواب فيما ذهب اليه خلافا لذلك .

على أن القول بأن الاخلاء للهدم واعادة البناء لا يجوز قبل انتهاء مدة العقد لا يعنى أن دعوى الاخلاء المبنية على هذا السبب يجوز دفعها بعدم القبول لمجرد كونها قد رفعت قبل انتهاء مدة العقد ، وانما المقصود أنها تكون مقبولة ويجوز نظرها فى أثناء هذه المدة على أن يعين الحـكم

موعدا للاخلاء يقع بعد انتهاء مدة العقد (فى هذا المعنى مصر الابتدائية الدائرة الثالثة عشرة ؛ بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٥٣ فى القضية رقم ٣٨٥٥ لسنة ١٩٥٢ غير منشور) (*) .

(*) يلاحظ ان القانون رقم ١٩٧٧/٤٩ قد استحدث نصا خاصا فى هذا الموضوع حسم به هذا الخلاف حيث نصت المادة ٤٩ منه على شروط استعمال المالك هذه الرخصة وجعلت من بينها : ... (٥) أن يحدد المالك موعدا يتم فيه الاخلاء على الا يكون هذا الموعد قبل انقضاء أطول مدة ايجار متفق عليها فى وحدة من وحدات المبنى وبشرط الا يقل عن ستة أشهر من تاريخ التنبيه بالاخلاء (يراجع فى ذلك كتابنا فى شرح قانون ايجار الاماكن الطبعة الثامنة ج ٢ سنة ١٩٨٣ ص ٦٧٤) .

وللمؤلف أيضـا

بحوث أخرى لم تدرج فى هذه المجموعة هى :

١ ــ القانون المصرى الجديد للاثبات فى المواد المدنية ومقارنته بقوانين البلاد العربية (مجلة معهـد البحوث والدراسات العربيـة السنة الاولى سنة ١٩٦٦) .

٢ ــ التشريع المصرى الجديد لتنظيم ايجـار الاماكن (القانون رقم ٥٢/ ١٩٦٩) . مجلة معهد البحوث والدراسات العربية المجلد الثـانى سنة ١٩٧٠ .

٣ ــ التعديلات المستحدثة فى قوانين ايجـار الاماكن بالقانون رقم ١٣٦/ ١٩٨١ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٨٣ ، العدد الخاص بالعيد المئوى لكلية الحقوق جامعة القاهرة من ص ٩٧ الى ص ١٦٢) .

٤ ــ نظرية الصالح المختلط ونظرية التفرع والتبعيـة امام محكمة النقض المصرية (مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة عدد نوفمبر ١٩٣٦ باللغة الفرنسية) :

La théorie de l'intérêt mixte et celle de l'accessoire devant la cour de cassation égyptienne (Al Quanoun Wal Iqtisad, 6e année II/1936.

٥ ــ التزام النفقات فى القانون المختلط (مجلة القانون والاقتصاد السـنة السابعة عدد فبراير ١٩٣٧ ، عدد فبراير ١٩٣٧ باللغة الفرنسية) :

De l'obligation alimentaire en droit mixte.
(Al Qanoun Wal Iqtisad 7e année 2/1937.

٦ ــ المسئولية عن الاشياء فى القانون المصرى ، تقرير مقدم للمؤتمر الدولى الثانى للقانون المقارن بلاهاى (مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة عدد مايو ١٩٣٧) :

La responsabilite du fait des choses en Droit égyptien. Rapport présenté 2e congrés international de Droit coparé tenua la Haye en 1937.

(Al Qanoun Wal Iqtisad 7 année 1937 pp. 313-327.

٧ — مقال فى ضرورة اخضـــاع المحـــكمة المختلطة لرقابة محـــكمة النقض المصرية (مجلة مصر القضائية : السنة السادسة سنة ١٩٣٨ العدد ١٥٣) .

De la né cessite de Soumettre les Tribunaux Mixtes au control de la cour de cassation égyptienne (L'Egypte Judiciaire, 6e année 1937 ne 153.

الفهـــــرس

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضـــوع **الصفحة**

(ثانيا) فى المسئوليات المفترضة

١ ــ مسئولية الراعي المفترضة :

٢ ــ مسئولية المربى ومسئولية المدرسة :

٣ ــ مسئولية السيد عن فعل تابعه :

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع الصفحة

ثالثا : المسئولية المدنية فى التقنين المدنى الجديد

ونظرية دفع المسئولية المدنيـــة

القسم الثانى

بحوث وتعليقات على الأحكام

فى مسائل أخرى من مسائل القانون المدنى

اولا : البحـــوث

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع **الصفحة**

ثانيا : تعليقـــات على الاحكام

إيريني للطباعة
مطبعة السلام

شارع السيد هاشم المتفرع من معصل الالمان ، مدرسة المماليك
ت ٦٤١٨٣٢

ام ه

للمؤلف

(أ) كتب متاحة حاليـا :

ـ شرح قانون ايجار الأماكن الطبعة الثـامنة الجـزء الثانى سنة ١٩٨٣

ـ عقـد البيع سنة ١٩٨١

ـ عقـد الايجار سنة ١٩٨٥

ـ أصول الاثبات واجراءاته جزآن سـنة ١٩٨١ وسنة ١٩٨٦ .

ـ « **الوافى** » **فى شرح القانون المدنى** :

الجزء الأول : شرح الكتاب التمهيدى للتقنين المـدنى سنة ١٩٨٧

الجزء الثانى : الالتزامات ـ المجلد الأول : نظـرية العقد والارادة المنفردة سنة ١٩٨٧

(ب) كتب تحت الطبع والاعداد :

ـ « الوافى » الجزء الثانى :

المجلد الثانى : فى الفعل الضار والمسئولية المدنية
المجلد الثالث : فى الفعل النافع والاثراء بلا سبب
المجلد الرابع : فى أحكام الالتزام .

إيريني للطباعة
مطبعة السلام

١٧ شارع السيد هاشم المتفرع من معمل الالبان (مدرسة المماليك)
الظلفاوى ـ شبرا ت ٦٤١٨٣٣